Unentgeltliche Verfügungen des Vorerben und des Testamentsvollstreckers.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Universität Freiburg (Breisgau).

Vorgelegt von

Martin Bruneß,

Gerichtsreferendar in Berlin.

1935

Gatzer & Hahn, Graphische Werkstätten, Schramberg (Schwarzwald)

Referent: Professor Dr. Pringsheim.

Durch die Genehmigung einer Dissertation nimmt die Fakultät nicht Stellung zu den darin ausgesprochenen Anschauungen.

Inhalt.

Literaturverzeichnis.

Binding, Die Ungerechtigkeit des Eigentumserwerbes vom Nichteigentümer, 1908.

Busch u. a., Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts, 7. Aufl., Band II und V, 1929 (RGR.-Kom.).

Cosack, Das Anfechtungsrecht der Gläubiger eines zahlungsunfähigen Schuldners, 1884.

Dernburg, Lehrbuch des Preußischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reiches, 4. Aufl., Band III, 1896.

„ Pandekten, 5. Aufl., Band 2, 1896, Band 3, 1897.

Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Band I, 13. Bearb., 1931 (Enneccerus I), Band II, 11. Bearb., 1930 (Enneccerus II), Band V, 8. Bearb., 1930 (Kipp).

Förster-Eccius, Theorie und Praxis des heutigen preußischen Privatrechts, 5. Aufl., Band II, 1882, Band IV, 1888.

Heck, Grundriß des Schuldrechts, 1929.

Haymann, Die Schenkung unter Auflage, 1905.

Hellwig, Erbschaftsausschlagung und Gläubigeranfechtung, Festschrift der Berliner Juristischen Fakultät für Ferdinand von Martitz, 1911, S. 157 ff.

Jaeger, Kommentar zur Konkursordnung, 6. und 7. Aufl., Band I, 1931.

Jörs, Geschichte und System des römischen Privatrechts, 1927.

Kipp, Zur Lehre von der Vertretung ohne Vertretungsmacht. Festgabe der juristischen Fakultäten zum fünfzigjährigen Bestehen des Reichsgerichts, Band II, S. 273 ff. (Festgabe).

Krawielicki, Unentgeltliche Verfügungen im Erbrecht, Gruchots Beiträge, Band 71, 1931, S. 113 ff. (Krawielicki).

„ Unentgeltlichkeit im Bereicherungsrecht, Iherings Jahrbücher Band 81, 1931, S. 257 ff. (Bereicherungsrecht).

Kunkel, Diligentia, Zeitschrift der Savigny-Stiftung, romanistische Abt., Bd. 45, 1925, S. 266 ff.

Leonhard, Kommentar zum Erbrecht, 2. Aufl., 1912.

Liebisch, Das Wesen der unentgeltlichen Zuwendungen unter Lebenden, 1927.

Macke, Die Kollusion bei der Stellvertretung, Göttinger Dissertation, 1929.

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Band IV und V, 1888 (Mot.).

Motive zum Entwurf der Konkursordnung, 1854 (Mot. KO.).

Oertmann, Entgeltliche Geschäfte, Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß des Deutschen Reiches, Band 23, 1912, Heft 3 (Oertmann).

„ Verfügungen ohne Rechtsgrund über fremde Sachen, Recht 1915, S. 510 ff. (Recht 1915).

Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Aufl., Band II 2, 1928, Band IV 1, 1928, Band V, 1930.

Pringsheim, Kann der gutgläubige Erwerber einer vom Nichteigentümer gekauften Sache diese dem früheren Eigentümer zurückgeben und sich wegen des Kaufpreises an seinen Verkäufer halten?
Ἀρχεῖον Ἰδιωτικοῦ Δικαίου, I. Jahrgang, 1934, Heft 2, S. 201 ff.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Band III, 1899, Band IV, 1897, Band V, 1899 (Prot.).

Reichel, Gutgläubigkeit beim Fahrniserwerb, Grünhuts Zeitschrift Band 42, 1916, S. 173 ff.

Schreiber, Gemischte Verträge im Reichsschuldrecht, Iherings Jahrbücher, Band 60, 1912, S. 106 ff.
Schultze, Treuhänder im geltenden bürgerlichen Recht, Iherings Jahrbücher, Band 43, 1901, S. 1 ff.
Seuffert, Das gesetzliche Veräußerungsverbot beim Singular- und Universalfideikommiß nach römischem Recht, 1854.
Siber, Römisches Privatrecht, 1928.
Sohm, Der Gegenstand, Drei Beiträge zum bürgerlichen Recht, 1905, S. 1 ff.
Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 9. Aufl., Band I, 1925, Band II 3, 1929, Band IV 1, 1926, Band V, 1928.
Thiesing, Einige Bemerkungen über das Rechtsverhältnis zwischen Vorerben und Nacherben, Archiv für die Civilistische Praxis, Band 94, 1903, S. 229 ff.
v. Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen bürgerlichen Rechts, Band I, 1910, Band II 1, 1914, Band II 2, 1918.
Unger, Das Oesterreichische Erbrecht, 4. Aufl., 1894.
Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Aufl., Band II und III, 1906.

§ 1. Einleitung.

Vorerbe und Testamentsvollstrecker können nach geltendem Recht über die zum Nachlaß gehörenden Gegenstände frei verfügen (§§ 2112, 2205 S. 1 BGB.). Die wichtigste Ausnahme hiervon ist, daß ihre unentgeltlichen Verfügungen grundsätzlich unwirksam sind (§§ 2113 II S. 1, 2205 S. 2 BGB.).

1. Nach § 2113 II BGB. ist eine unentgeltliche Verfügung des Vorerben über einen Nachlaßgegenstand im Falle des Eintritts der Nacherbfolge insoweit unwirksam, als sie das Recht des Nacherben vereiteln oder beeinträchtigen würde. Die Unwirksamkeit ist hiernach an zwei Voraussetzungen gebunden:

a) Sie tritt nur mit dem Nacherbfall ein.

Der Vorerbe ist an den Nachlaßgegenständen je nach dem Grunde des Nacherbfolgeeintritts entweder auflösend bedingt (§ 158 II BGB.) oder zeitlich begrenzt (§ 163 BGB.) berechtigt [1]). Hieraus folgt, daß er über dieselben vor dem Nacherbfall nach Maßgabe seines Rechts verfügen kann. Mit Eintritt der Bedingung oder des Endtermins — dem Nacherbfall — müßten an sich seine Verfügungen gemäß § 161 II BGB. unwirksam werden. Durch § 2112 BGB. ist seine Verfügungsmacht jedoch erweitert. Seine Verfügungen sind grundsätzlich unbeschränkt, also auch dem Nacherben gegenüber, wirksam. Da § 2113 BGB. Ausnahmen von § 2112 BGB. enthält, tritt bei unentgeltlichen Verfügungen die Rechtslage ein, die ohne die Sonderbestimmung des § 2112 BGB. für alle Verfügungen bestehen würde: Sie sind durch den Eintritt des Nacherbfalls auflösend bedingt oder befristet wirksam.

b) Unentgeltliche Verfügungen sind nur insoweit unwirksam, als sie das Recht des Nacherben vereiteln oder beeinträchtigen würden.

Diese Einschränkung folgt aus dem Wesen der Nacherbfolge. Der Nacherbe hat an der Unwirksamkeit von Verfügungen, die seine Rechtsstellung nicht verschlechtern, kein berechtigtes Interesse [2]).

2. a) Der Testamentsvollstrecker ist nach § 2205 BGB. zu unentgeltlichen Verfügungen über Nachlaßgegenstände nicht b e r e c h t i g t. Trotz der Fassung des Gesetzes besteht kein Zweifel, daß hiernach seine unentgeltlichen Verfügungen unwirksam sind [3]). Es handelt sich offenbar nur um eine ungenaue Ausdrucksweise, die auf den ersten Entwurf zum bürgerlichen Gesetzbuche zurückgeht. Dort wird zwar rich-

---

[1]) Thiesing, S. 229 f.; Staudinger V, Vorb. § 2100, II, 5; Planck V, Vorb. § 2100, 3.

[2]) Näheres hierüber s. Staudinger V, §§ 2112—2115, III, B.

[3]) Kipp, S. 423; Staudinger V, § 2205, 3.

tig zwischen der Berechtigung (§ 1823 S 1 BGB.) und der Rechtsmacht (§ 1828 II S 1 BGB.) des Vorerben unterschieden. Im Testamentsvollstreckerrecht (§§ 1899 ff. S 1 BGB.) fehlt aber eine dem § 1828 II S 1 BGB.) entsprechende Vorschrift.

b) Die Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers ist lebhaft umstritten. Die in der Wissenschaft vorherrschende Meinung [4]) sieht ihn als gesetzlichen Vertreter des Erben an, während die Rechtsprechung [5]) annimmt, er handele auf Grund seines Amtes in eigenem Namen (sog. Amtstheorie). Noch anders meint Schultze [6]), er übe als Treuhänder ein begrenztes dingliches Recht am Nachlaß aus. Zu befriedigenden Ergebnissen führt allein die erste Auffassung. Gewiß ist der Testamentsvollstrecker Inhaber eines Amtes, zu seinen Amtsbefugnissen gehört es aber auch, bei der Verwaltung des Nachlasses den Erben zu vertreten [7]). § 2205 BGB. enthält demnach eine Beschränkung seiner gesetzlichen Vertretungsmacht.

3. Die wichtigsten andern Vorschriften, die den Begriff der unentgeltlichen Verfügung noch verwenden, sind die §§ 816 BGB., 32 KO. und 3 Z. 3 u. 4. Anf.Ges. Durch diese Bestimmungen sind unentgeltliche Verfügungen ebenfalls in ihrer Rechtswirksamkeit oder zum mindesten Rechtsbeständigkeit gegenüber anderen Verfügungen zurückgesetzt.

4. a) Nach heute allgemein herrschender Meinung gibt es einen für das gesamte Recht geltenden Begriff der unentgeltlichen Verfügung nicht. Bei Verfügungen, denen ein Kausalgeschäft zugrunde liegt, soll die Unentgeltlichkeit grundsätzlich durch Parteivereinbarung bestimmt werden [8]). Im Sinne der §§ 2113 II, 2205 BGB. soll eine solche Verfügung jedoch bereits dann unentgeltlich sein, wenn eine objektiv gleichwertige Gegenleistung fehlt [9]), das Geschäft ordnungswidrig ist und außerdem der Vorerbe oder Testamentsvollstrecker dies erkennt [10]) oder erkennen muß [11]).

b) Sehr strittig ist, ob rechtsgrundlose Verfügungen als unentgeltliche anzusehen sind. Sie werden teils für entgeltlich [12]), teils für

---

[4]) Kipp, S. 415; von Tuhr I, S. 346; Staudinger V, § 2197, 1, F, 2.

[5]) RG. 56, S. 329 f.; 61, S. 141 ff. Anders RG. 75, S. 302: Die Stellung des Testamentsvollstreckers ist nach außen wie nach innen keine wesentlich andere als die eines Bevollmächtigten.

[6]) S. 76.

[7]) So richtig Kipp und Staudinger a. a. O.

[8]) RG. 30, S. 33 ff.; 62, S. 45; Jaeger, § 32,1; Liebisch, S. 67.

[9]) Auf diese Voraussetzung verzichtet Krawielicki, S. 119, 122.

[10]) Krawielicki, S. 139, Kipp, S. 338, 423.

[11]) RG. 81, S. 364 ff.; 105, S. 246 ff.; Staudinger V, §§ 2112—2115, III, B, b.

[12]) Kipp, JW. 1925, S. 375 (Anm.).

unentgeltlich[13]), teils für neutral[14]) gehalten. Auch hier wird vielfach der Begriff für das Erbrecht anders als für die sonstigen Vorschriften bestimmt[15]).

A. Die geschichtliche Entwicklung.

§ 2. I. Die Nacherbfolge.

1. Das wirtschaftliche Bedürfnis, das zur Aufnahme der Nacherbfolge in die meisten modernen Gesetzbücher geführt hat[1]), bestand zu allen Zeiten. Erblasser wollen häufig, daß ihr Vermögen nach ihrem Tode zwei — unter Umständen auch drei oder noch mehr — Personen nacheinander zugute kommt. Sie können dabei bald für den Ersterwerber (den Vorerben), bald für den Zweiterwerber (den Nacherben) größeres Interesse empfinden.

a) α) In dem ersten äußersten Fall, der Nacherbfolge auf den Ueberrest des geltenden Rechts, wird der Erblasser bestrebt sein, dem Vorerben für die Dauer seines Rechts möglichst die Stellung eines Vollerben zu verschaffen. Auf den Nacherben soll nur das kommen, was nach Beendigung der Verwaltung des Vorerben vom Nachlaß noch übrig ist. Der Erblasser will hier vielfach nur verhindern, daß sein Vermögen an die gesetzlichen oder testamentarischen Erben des Vorerben gelangt. Indessen folgt aus der Einsetzung eines Nacherben als solcher, daß er ein, wenn auch häufig geringes Interesse daran hat, daß dieser etwas aus dem Nachlaß erhält.

β) In dem andern äußersten Fall, der gewöhnlichen Nacherbfolge, überwiegt beim Erblasser in der Regel das Interesse für den Nacherben. Dieser soll den Nachlaß möglichst ungeschmälert erhalten. Dem Vorerben sollen nur die Erträgnisse zugute kommen.

b) Die Rechtsordnung wird die Haftung des Vorerben dem Nacherben gegenüber verschieden gestalten. Im Falle des Fastvollerben wird der Nacherbe grundsätzlich nur einen Anspruch auf den Ueberrest haben, der Vorerbe also für die von ihm vorgenommene Ver-

---

[13]) von Tuhr II 2, S. 100, Anm. 216 und S. 141 ff.; Oertmann (Recht 1915), S. 512.

[14]) Krawielicki, S. 156 ff.; ders., Bereicherungsrecht, S. 277 ff.; Kipp, S. 423, Anm. 13.

[15]) RG. 105, S. 246 ff. gegen RG. Gruchot 59, S. 521; Krawielicki, S. 156 ff., gegen dens., Bereicherungsrecht, S. 277 ff.

[1]) Vgl. z. B. Schweizer Zivilgesetzbuch, Art. 488 ff.; Oesterreichisches ABGB § 608. Der Code Civil (Art. 1048 ff.) läßt die Nacherbfolge nur in bestimmten Ausnahmefällen zu. Ganz verbietet sie der italienische Codice Civile (Art. 899).

waltung des Nachlasses haftungsfrei sein, während er im entgegengesetzten Fall für eine ordentliche Verwaltung einstehen wird.

c) Die Verfügungsmacht des Vorerben, die hier vor allem interessiert, hat mit seiner Haftung unmittelbar nichts zu tun. Zwar muß er insoweit verfügen können, daß er den Nachlaß in der ihm vom Erblasser zugedachten Weise nutzen kann. Umgekehrt ist es aber keineswegs notwendig, daß die Rechtsordnung Verfügungen des Vorerben nur dann wirksam sein läßt, wenn sie zur bestimmungsmäßigen Nutzung des Nachlasses notwendig waren.

2. a) Im römischen Recht war infolge des Satzes „semel heres, semper heres“ (Dig. 28, 5, 89) die Aufeinanderfolge mehrerer Erben nicht möglich. Zur Befriedigung des natürlich auch in Rom bestehenden Bedürfnisses nach einem zeitlich begrenzten Erbrecht wurde bereits früh das Universalfideikommiß ausgebildet[2]). Der Erbe wurde mit dem Vermächtnis belastet, den Nachlaß unter bestimmten Umständen an einen andern herauszugeben[3]). Es liegt im Wesen des Vermächtnisses, daß der Erblasser frei bestimmen konnte, inwieweit der Erbe selbst den Nachlaß nutzen durfte. Das Universalfideikommiß ließ sich also den Bedürfnissen des Einzelfalls sicher gut anpassen. Da der Erbe als Berechtigter über die Gegenstände des Nachlasses ohne Beschränkungen verfügen konnte[4]), bestand lediglich die Gefahr, daß der Vermächtnisnehmer bei unsachgemäßer Nachlaßverwaltung um sein Recht kam.

b) Justinian änderte dies, indem er grundsätzlich alle Verfügungen des Fiduziars für unwirksam erklärte (Cod. 6, 43, 3, 2 a—4). Von diesem, den Schutz des Fideikommissars bezweckenden, Veräußerungsverbot gab es nur wenige Ausnahmen, die, weil auf Einzelfälle zugeschnitten, hier nicht interessieren[5]).

Von Bedeutung ist lediglich der im gemeinen Recht allgemein anerkannte Satz[6]), daß Verfügungen, die einer ordnungsmäßigen Verwaltung entsprechen, wirksam sind. Man stützte ihn auf Dig. 36, 1, 23, 3. Indessen hat Krawielicki[7]) überzeugend nachgewiesen, daß aus dieser Stelle, die auch stark interpoliert ist[8]), nichts

---

[2]) Das Universalfideikommiß ist so alt wie das Fideikommiß überhaupt, datiert also aus dem Anfang der Kaiserzeit (Jörs, S. 252).

[3]) Seit dem Senatus Consultum Trebellianum hat der Fideikommissar allerdings nach der Herausgabe (Restitution) der Erbschaft praktisch die Stellung eines Erben. Vgl. Gai II, §§ 251, 253, 255. Mit Siber, S. 361, kann man ihn als prätorischen Nacherben bezeichnen.

[4]) Seuffert, S. 19, 38.

[5]) Vgl. Seuffert S. 88 ff.

[6]) Seuffert, S. 126 ff.; Windscheid III, S. 706; Dernburg, Pandekten III, S. 248.

[7]) S. 115 f.

[8]) Vgl. Kunkel, S. 323.

für die Wirksamkeit ordnungsmäßiger Verfügungen entnommen werden kann. Da zu ihrer Entstehungszeit noch sämtliche Verfügungen des Fiduziars wirksam waren, kann sie nur seine Haftung haben regeln wollen. Bei dem erwähnten Satz handelt es sich also um ein gemeinrechtliches Gewohnheitsrecht, das freilich durchaus im Sinne des Schöpfers des Veräußerungsverbotes liegt. Der von Justinian erstrebte Zweck, dem Fideikommissar den Nachlaß möglichst ungeschmälert zu verschaffen, kann nur erreicht werden, wenn der Fiduziar die Möglichkeit hat, die zur ordentlichen Verwaltung notwendigen Handlungen, aber auch nur diese, vorzunehmen. Für die Auslegung des heute geltenden Rechts ist es indessen völlig gleichgültig, ob sich die Wirksamkeit ordnungsmäßiger Verfügungen quellenmäßig belegen läßt. Es kommt allein auf die Tatsache an, daß ein derartiger Satz als Recht galt.

c) Wenn das Justinianische Veräußerungsverbot den Fideikommissar auch gut schützte, so konnte es doch nur dann Anwendung finden, wenn der Fiduziar lediglich die Erträgnisse des Nachlasses erhalten sollte. Wollte der Erblasser ihm die freie Verwertung auch des Vermögensstammes gestatten, so durfte der Fiduziar grundsätzlich keinen Verfügungsbeschränkungen unterliegen [9]). Demzufolge galt das Veräußerungsverbot beim fideicommissum eius quod superit nicht. Um aber zu verhindern, daß der Fideikommissar hier überhaupt nichts aus dem Nachlaß erhielt — auch beim Ueberrestfideikommiß besteht ja ein Interesse des Erblassers für den Fideikommissar [10]) —, ordnete Justinian an, daß der Fiduziar nur über drei Vierteile des Nachlasses beliebig verfügen durfte (Nov. 108, cap. 1 und 2). Verfügungen über das letzte Viertel waren unwirksam, wenn vom Fiduziar kein Schadensersatz zu erlangen war.

3. Die Kodifikationen haben grundsätzlich das gemeine Recht übernommen, wenn sie auch, durch den Satz „semel heres, semper heres" nicht gebunden, den Fideikommissar als Erben ansehen [11]).

a) Das Allgemeine Landrecht kennt das gewöhnliche und das Ueberrestfideikommiß. Bei ersterem gilt für das Verhältnis zwischen Fideikommissar und Fiduziar Nießbrauchsrecht (§ 466, I, 12 ALR). Verfügungen des Fiduziars sind unwirksam. Verfügungen, die einer ordentlichen Wirtschaftsführung und Verwaltung entsprechen, werden jedoch wie im Nießbrauchsrecht als wirksam angesehen [12]).

Für das Ueberrestfideikommiß enthält das Allgemeine Landrecht eine neuartige Regelung. Der Fiduziar kann über den gesamten Nach-

[9]) Vgl. oben 1, c.
[10]) Vgl. oben 1, a, α.
[11]) Förster-Eccius IV, S. 396; Dernburg, Preuß. Priv.R. III, S. 460.
[12]) Förster-Eccius, IV, S. 598; Dernburg, Preuß. Priv.R. III, S. 465.

laß frei verfügen. Nur Schenkungen, die auf einer bloßen Freigebigkeit beruhen, sind unwirksam (§ 469, I, 12 ALR). Der Fiduziar ist hiernach im Gegensatz zum gemeinen Recht nicht mehr einer quantitativen, sondern einer qualitativen Beschränkung unterworfen.

b) Das sächsische und das österreichische bürgerliche Gesetzbuch regeln die Rechtsmacht des Fiduziars beim gewöhnlichen Fideikommiß ähnlich wie das Allgemeine Landrecht im Anschluß an das gemeine Recht (§§ 2515 sächs. BGB., 613 öst. ABGB.). Beim Ueberrestfideikommiß kann der Fiduziar nach sächsischem Recht völlig frei verfügen (§ 2522 sächs. BGB.), während nach österreichischem Recht lediglich Beschränkungen für den Fall der Arglist bestehen [13]). Dem gemeinen oder dem preußischen Recht ähnliche Bestimmungen gibt es nirgends.

4. Bei Schaffung des bürgerlichen Gesetzbuches übernahm man zunächst im wesentlichen das geltende Partikularrecht. Der erste Entwurf unterscheidet zwischen der Verfügungsmacht des gewöhnlichen und des befreiten Vorerben. Der gewöhnliche Vorerbe kann nur Verfügungen vornehmen, die zur ordnungsmäßigen Verwaltung des Nachlasses erforderlich sind (§§ 1823, 1828 II E 1 BGB.). Der befreite Vorerbe kann über die Nachlaßgegenstände grundsätzlich frei verfügen. Lediglich Verfügungen, die in einer Schenkung bestehen, sind unwirksam, soweit es sich nicht um Schenkungen auf Grund sittlicher Pflicht oder um Anstandsschenkungen handelt (§ 1839 E 1 BGB.). Der Entwurf schließt sich insoweit offenbar dem Recht des Allgemeinen Landrechts an [14]). Die Motive [15]) führen hierzu aus, daß es dem Willen des Erblassers entspreche, wenn der Vorerbe nur die zur Befriedigung seines wirtschaftlichen Bedürfnisses dienenden Verfügungen, nicht aber reine Liberalitätsakte, auf Kosten des Nacherben vornehmen könne. Dieser Gesichtspunkt hätte zwar nur dazu zu führen brauchen, die Berechtigung des Vorerben zu beschränken. Wenn man ihm auch die Rechtsmacht, Schenkungen vorzunehmen, absprach, so beruht dies m. E. darauf, daß der erste Entwurf grundsätzlich seine Verfügungsmacht im Anschluß an seine Verfügungsberechtigung regelte.

5. Die zweite Kommission gab dem Nacherbenrecht die jetzt geltende Fassung.

a) Sie ging mit Recht davon aus, daß es die Verwaltung des Nachlasses durch den Vorerben wesentlich erleichtert, wenn seine Verfügungen ohne Rücksicht auf das zwischen ihm und dem Nacherben bestehende Innenverhältnis wirksam sind [16]). Ein Dritter, der mit einem Vorerben ein Geschäft abschließen will, wird hierzu ohne Zweifel leich-

[13]) Vgl. Unger, S. 105, Anm. 14.
[14]) Vgl. Mot. V, S. 129.
[15]) Mot. a. a. O.
[16]) Prot. V, S. 103.

ter bereit sein, wenn er weiß, daß es auch wirksam ist, falls der Vorerbe sein Verwaltungs- und Nutznießungsrecht überschritten haben sollte [17]).

Auch die sonstigen Gründe der zweiten Kommission treffen zu. Ein Erblasser setzt einen Nacherben nicht deshalb ein, weil er dem Vorerben mißtraut — dann ständen ihm ja bessere Wege zur Verfügung [18]) —, sondern weil er will, daß sein Nachlaß mehreren Personen nacheinander zugute kommt. Der Vorerbe nimmt hiernach, wie die zweite Kommission richtig ausführt [19]), eine Treuhänderstellung ein. Schließlich empfiehlt sich die freie Verfügungsmacht des Vorerben im Interesse der Verkehrssicherheit.

b) Bisher waren Schenkungen des befreiten Vorerben unwirksam. Die Kommission ersetzte diesen Begriff durch den der unentgeltlichen Verfügung. Unentgeltliche Verfügungen des gewöhnlichen Vorerben mußten naturgemäß gleichfalls unwirksam sein, da dieser nicht freier als der befreite Vorerbe stehen konnte.

α) Aus den Protokollen geht nicht hervor, weshalb überhaupt eine derartige Beschränkung aufgenommen worden ist. Wenn die Kommission auch ohne Zweifel durch die Schenkungsbeschränkung des § 1839 E 1 BGB. beeinflußt worden ist, so sind die inneren Gründe m. E. zum Teil doch andere als die, die zu jener Bestimmung geführt haben. Nachdem einmal die Unabhängigkeit von Rechtsmacht und Berechtigung grundsätzlich durchgeführt war, hätte es nahe gelegen, dem Vorerben unentgeltliche Verfügungen zwar zu verbieten, gegen das Verbot vorgenommene Verfügungen aber als wirksam anzusehen. Wenn man diesen Weg nicht gewählt hat, so ist man hierbei sicher von der in den Protokollen [20]) hervorgehobenen Stellung des Vorerben als eines Treuhänders ausgegangen. Dieser würde es widersprechen, wenn er als Verwalter materiell fremden Vermögens Schenkungen, die grundsätzlich keine Verwaltungshandlungen sind und die völlig außerhalb des Wirtschaftsverkehrs liegen, vornehmen könnte [21]). Die oben [22]) für die freie Verfügungsmacht angeführten Gründe treffen auf sie nicht zu.

β) Die Protokolle enthalten keine Erläuterung des erbrechtlichen Begriffs der unentgeltlichen Verfügung und geben auch nicht an, weshalb er an die Stelle des alten Schenkungsbegriffes getreten ist. Hieraus ist zu entnehmen, daß die Kommission unmöglich eine durchgrei-

---

[17]) Vgl. auch unten § 8, 2, d.

[18]) Z. B. die — allerdings oft mit einer Nacherbeneinsetzung verbundene — Ernennung eines Testamentsvollstreckers.

[19]) Prot. a. a. O.

[20]) A. a. O.

[21]) Vgl. auch unten § 8, 5 und 6.

[22]) 5, a.

fende Aenderung des bisherigen Rechts beabsichtigt haben kann. Vor allem spricht hiergegen aber, daß die Protokolle, wenn sie von der Einschränkung der Verfügungsmacht des Vorerben handeln, keineswegs ausschließlich den neuen Begriff „unentgeltliche Verfügung" verwenden. An vielen Stellen taucht der alte Schenkungsbegriff wieder auf[23]. Man ging also offenbar davon aus, daß Schenkung und unentgeltliche Verfügung im wesentlichen dasselbe bedeute.

γ) Eine Erklärung für die Einführung des neuen Begriffs durch die zweite Kommission läßt sich unschwer erbringen. Da es sich um eine Beschränkung der Verfügungsmacht des Vorerben handelte, lag es aus Gründen der Gesetzestechnik nahe, auch in den Ausnahmen den Begriff Verfügung zu verwenden[24]. Die Fassung „unentgeltliche Verfügung" ist hier entschieden gefälliger, als die vom ersten Entwurf vermutlich aus den gleichen Gründen gewählte „in einer Schenkung bestehende Verfügung" (§ 1839 E 1 BGB.). Die Erwägung, daß der neue Begriff insofern zweckmäßiger sei, als sich unter ihn auch Handlungen bringen ließen, die zwar keine Schenkungen waren, aber aus Billigkeitsrücksichten diesen gleichgestellt werden mußten[25], hat wohl kaum eine Rolle gespielt. Man hätte dies wohl sonst sicher erwähnt.

---

§ 3. II. Das Testamentsvollstreckerrecht.

Die Entstehungsgeschichte des Testamentsvollstreckerrechts ist weniger ergiebig.

1. Im römischen Recht gab es das Institut überhaupt nicht. Im gemeinen Recht war es im Anschluß an das ältere deutsche Recht[1] gewohnheitsrechtlich anerkannt. Ueber die Verfügungsmacht des Testamentsvollstreckers bestanden keine festen Regeln. Maßgebend war der ausdrücklich erklärte oder durch Auslegung festzustellende Wille des Erblassers[2].

2. Das Allgemeine Landrecht enthält keine ausdrückliche Bestimmungen über die Verfügungsmacht des Testamentsvollstreckers. Wissenschaft und Rechtsprechung nahmen allgemein an, daß er insoweit verfügen könne, als dies zur Erfüllung seiner Aufgaben notwendig sei[3]. Seine Verfügungsmacht war also in ähnlicher Weise beschränkt, wie die des gewöhnlichen Vorerben nach damaligem Recht.

---

[23]) Prot. V, S. 98, 151, 157.
[24]) Vgl. den Prot. V, S. 87, angeführten Antrag.
[25]) Vgl. unten § 4, 1, α und § 5, 2, a.
[1]) Vgl. hierzu Krawielicki, S. 120 ff.
[2]) Windscheid III, S. 309; Dernburg, Pandekten III, S. 257.
[3]) Förster-Eccius IV, S. 494; Dernburg, Preuß. Priv.R. III, S. 490.

3. Der erste Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuches lehnte die Vorschriften über die Verfügungsmacht des Testamentsvollstreckers bewußt an das Recht des gewöhnlichen Vorerben an[4]). Hiernach waren Verfügungen nur wirksam, wenn sie im Interesse einer ordentlichen Nachverwaltung lagen (§ 1899 f. E 1 BGB.).

4. Die zweite Kommission gab dem Testamentsvollstrecker die freie Verfügungsmacht. Sie ging ebenso wie im Vorerbenrecht davon aus, daß dies die Verwaltung des Nachlasses erleichtere und auch im Interesse des Verkehrs erforderlich sei[5]). Die Beschränkung hinsichtlich der unentgeltlichen Verfügungen wurde deshalb in den Entwurf aufgenommen, weil man es für notwendig erachtete, den Testamentsvollstrecker insoweit denselben Bestimmungen wie den Vorerben zu unterwerfen[6]). Hieraus und aus ähnlichen Wendungen der Protokolle[7]) folgt, daß der Begriff der unentgeltlichen Verfügung in den §§ 2113 II, 2205 BGB. der gleiche ist und daß für die Auslegung des § 2205 BGB. die Entstehungsgeschichte des § 2113 II BGB. maßgebend ist[8]).

---

§ 4. III. Das Anfechtungsrecht und § 816 BGB.

1. a) Es ist bemerkenswert, daß die Entwicklung des Begriffs der unentgeltlichen Verfügung im Anfechtungsrecht der des erbrechtlichen ganz ähnlich ist. Das geltende Anfechtungsrecht geht auf das preußische Recht zurück. Grundlegend sind die Bestimmungen des Allgemeinen Landrechts. Nach diesem sind beim Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen anfechtbar „Schenkungen, die auf bloßer Freigebigkeit beruhen" (§ 1129 ff., I, 11 ALR.). Es wird also derselbe Begriff wie im Recht des befreiten Vorerben verwendet. Nach der Konkursordnung und dem Anfechtungsgesetz von 1855 sind freigebige Verfügungen, insbesondere Schenkungen, Erbes- oder Vermächtnisentsagungen, anfechtbar (§§ 102 Z. 2 KO. von 1855, 5 Z. 2 AnfGes. von 1855). Man hat den neuen Begriff offenbar geschaffen, um auch die ausdrücklich erwähnten Erbes- und Vermächtnisentsagungen und ähnliche Geschäfte, die nicht unter den Schenkungsbegriff fallen, der Anfechtung zu unterwerfen. Es tritt hier zum ersten Mal der Gedanke hervor, daß es Handlungen gibt, die zwar keine Schenkungen sind, aber aus Billig-

---

4) Mot. V, S. 233.

5) Prot. V, S. 279.

6) Prot. V, S. 280.

7) Z. B. Prot. V, S. 282.

8) Krawielicki, S. 114.

keitsrücksichten wegen ihrer Aehnlichkeit mit diesen in mancher Beziehung den Schenkungen gleichgestellt werden müssen[1]).

b) Das Reichsanfechtungsrecht führte dann den Begriff der unentgeltlichen Verfügung ein (§§ 32 KO., 3 Z. 3 u. 4 AnfGes.). Sachliche Unterschiede gegenüber den Gesetzen von 1855 bestehen nicht. Insbesondere ist es heute allgemein anerkannt, daß der Begriff der unentgeltlichen Verfügung weiter als der der Schenkung ist[2]). Die gegenteilige Aeußerung der Motive[3]) ist offenbar auf die Unklarheit zurückzuführen, die damals noch über den Begriff der Unentgeltlichkeit herrschte.

2. Die Entstehungsgeschichte des § 816 BGB. ist nicht so aufschlußreich. Die Vorschrift geht gleichfalls auf das preußische Recht zurück. Dort war derjenige, der gutgläubig eine fremde Sache unentgeltlich an sich gebracht hatte, gegenüber dem, der sie durch lästigen Vertrag erworben hatte, benachteiligt. Der Begriff Schenkung wird nicht verwendet (§§ 24, 46, I, 15 ALR.). Eine Bestimmung des Begriffs der unentgeltlichen Verfügung im Sinne des § 816 BGB. enthalten die Materialien des bürgerlichen Gesetzbuches nicht. In den Protokollen[4]) findet sich lediglich die Aeußerung, daß die Auffassung der Parteien für die Frage der Unentgeltlichkeit allein nicht entscheidend sein könne. Ebenso wie im Erbrecht werden häufig die Begriffe unentgeltliche Verfügung und Schenkung miteinander vertauscht[5]).

B. Der Begriff des Entgelts.

§ 5. I. Entgeltlichkeit und Unentgeltlichkeit im allgemeinen.

1. Im Leben versteht man unter Entgelt eine Leistung irgendwelcher Art, die als Gegenwert der Leistung eines andern dient. Diese Auffassung ist auch für das Recht grundsätzlich als richtig anzusehen, denn der Begriff des Entgelts ist ein tatsächlicher und nur unter Zugrundelegung der Verkehrsauffassung zu bestimmen[1]). Entgeltsfähig ist jede Leistung, an der ein anderer ein Interesse haben kann. Nicht nur Rechtsgeschäfte, insbesondere Verfügungen, sondern auch tatsächliche Handlungen jeder Art können als Entgelt einer andern Leistung, die ebenfalls wieder rechtlicher oder tatsächlicher Natur sein kann, dienen.

---

1) Vgl. unten § 5, 2, a.
2) Jaeger, § 32, Anm. 2; Cosack, S. 135.
3) Mot. KO., S. 134.
4) III, S. 84.
5) Prot. III, S. 82, 83, 84.
1) Cosack, S. 135, Anm. 3.

a) Die rechtliche Verbindung, die zwischen Leistung und Gegenleistung stets vorhanden sein muß, kann verschiedenartig sein. Die im Leben häufigste Form ist der gegenseitige Vertrag. Hier erhält jeder Partner mit Abschluß des Vertrages einen Anspruch auf die Leistung des andern, der durch die Erfüllung dann zum Erlöschen gebracht wird. Die Leistung vollzieht sich also in zwei Stufen. Bereits die Schaffung der beiderseitigen Verpflichtungen bedeutet eine Aenderung der Vermögenslage der Parteien. Die Erfüllung selbst bezweckt unmittelbar nicht die Erlangung der Gegenleistung, sondern die Befreiung von dieser Verbindlichkeit [2]).

b) Als Verbindung zwischen Leistung und Gegenleistung genügt aber, wie von Haymann [3]) und Oertmann [4]) überzeugend nachgewiesen und jetzt allgemein anerkannt ist [5]), auch eine konditionale oder kausale [6]) Verknüpfung. Für das Leben und damit auch für das Recht ist es unerheblich, ob den Empfänger einer Leistung eine Verpflichtung zur Vornahme der Gegenleistung trifft. Entgeltlichkeit liegt vielmehr auch dann vor, wenn eine Leistung ihre Rechtsbeständigkeit erst durch Vornahme einer andern erlangt.

c) Strittig war es früher, ob auch die rein wirtschaftliche Verknüpfung zweier Leistungen dieselben zu entgeltlichen macht [7]). Zu denken ist vor allem an den Fall, daß jemand eine Schenkung durch eine Gegenschenkung erwidert. Die Frage ist im Gebiet der unentgeltlichen Verfügungen von erheblicher Bedeutung. Wenn der Vorerbe, Testamentsvollstrecker, Gemeinschuldner oder der Nichtberechtigte im Fall des § 816 BGB. eine Sache verschenken und eine gleich- oder gar mehrwertige als Gegengeschenk erhalten, so widerspricht es dem Rechtsempfinden, daß nur die zweite Leistung rechtsbeständig sein soll. Indessen dürfte es nicht angängig sein, hier dadurch Abbhilfe zu schaffen, daß man annimmt, die Schenkungen ständen zueinander im Entgeltlichkeitsverhältnis [8]). Zwar ist der Begriff des Entgelts ein tatsächlicher, aber auch im Leben sieht man eine Gegenschenkung nicht als entgeltliche Leistung an, die als solche dem Schenkungsrecht nicht unterläge und auch die erste diesem entzöge. Hiernach ist eine solche Verfügung des Testamentsvollstreckers oder des Vorerben unwirksam. Man wird indessen annehmen müssen, daß einem Rückforderungsan-

---

[2]) Vgl. über die Entgeltlichkeit beim gegenseitigen Vertrag auch unten 3, a.
[3]) S. 9.
[4]) S. 15 ff.
[5]) Liebisch, S. 28; Krawielicki, S. 113; von Tuhr II 2, S. 139; RGR.-Kom. II, § 516,4.
[6]) Vgl. hierüber unten § 11, 3, a.
[7]) Dafür z. B. Schreiber, S. 179.
[8]) Herrschende Meinung. Vgl. die Anm. 5 Zitierten.

spruch die Arglisteinrede [9]) entgegengestellt werden kann [10]). Dagegen liegt keine Arglist vor, wenn erst der Dritte und dann der Vorerbe bzw. Testamentsvollstrecker unentgeltlich verfügt hat, da niemand auf eine Gegenschenkung rechnen kann.

d) Noch weiter geht anscheinend Krawielicki [11]), der annimmt, daß im Erbrecht auch rein tatsächliche Vorteile einer Leistung den Charakter der Unentgeltlichkeit nehmen können. Dieser Auffassung kann gleichfalls nicht zugestimmt werden [12]).

2. Erfolgt eine Leistung, die an sich zum Gegenstand eines entgeltlichen Geschäfts gemacht werden könnte, ohne daß der Leistende ein Entgelt erlangt, so kann eine unentgeltliche Verfügung vorliegen. Es sind hier verschiedene Fälle denkbar.

a) Es ist möglich, daß der Leistende und derjenige, dem die Leistung zugute kommt, sich darüber einig sind, daß eine Gegenleistung nicht gemacht werden soll. Auch in diesem Fall kann die Leistung in zwei Stufen durch Begründung einer Verpflichtung und Erfüllung derselben vorgenommen werden. Das wichtigste hierhergehörige Geschäft ist die reine Schenkung [13]). Es gibt aber auch Leistungen, die trotz Einigkeit über die Unentgeltlichkeit keine Schenkung sind, weil ihnen ein Schenkungselement mangelt. Zu denken ist an die Fälle des § 517 BGB. [14]) und an die Ausstattung, soweit sie nicht bereits als Schenkung gilt.

Nach der Entstehungsgeschichte ist es nicht zweifelhaft, daß die Schenkung als der wichtigste Unterfall der unentgeltlichen Verfügung anzusehen ist [15]). Die Materialien zum bürgerlichen Gesetzbuch lassen zwar nicht klar erkennen, daß der Begriff der unentgeltlichen Verfügung weiter als der Schenkungsbegriff sein sollte. Die Vorschrift der § 102 Z. 2 KO. von 1855, 5 Z. 2 Anf.Ges. von 1855 zeigt jedoch, daß auch der früheren Zeit dieser Gedanke nicht fremd gewesen sein kann. Da auch im Erbrecht das Bedürfnis besteht, die erwähnten schenkungsähnlichen Geschäfte, die fast nie Verwaltungshandlungen sind und deren Vornahme der Stellung eines Treuhänders widerspricht [16]), als unwirksam zu behandeln, wird man sie als unentgeltliche Verfügungen anzusehen haben [17]).

---

9) Exceptio doli generalis. Vgl. Enneccerus I, S. 695 f.

10) Für das Anfechtungsrecht vgl. Jaeger, § 32, 1 a. E., der annimmt, daß beim Vorliegen eines in der Masse gelangten Gegengeschenks die §§ 32 KO. 3 Z. 3 u. 4. AnfGes. keine Anwendung fänden, weil die Gläubiger nicht geschädigt seien.

11) S. 129; anders allerdings S. 113.

12) Näheres unten § 7, 6.

13) Ueber die gemischte Schenkung s. unten §§ 6—9.

14) Der erste Fall interessiert hier nicht, weil keine Verfügung vorliegt.

15) Oben §§ 2, 3.

16) Oben § 2, 5, b, α.

17) Krawielicki, S. 124.

b) Einer Leistung kann aber auch deshalb keine Gegenleistung gegenüberstehen, weil die zwischen beiden notwendige Verknüpfung mangelhaft ist. Die Leistung erfolgt in diesem Fall ohne Rechtsgrund. Ob hier Unentgeltlichkeit vorliegt, soll erst nach Erörterung der Geschäfte mit Rechtsgrund untersucht werden [18]).

3. a) Die herrschende Meinung nimmt an, die Schulderfüllung sei stets ein selbständiges entgeltliches Geschäft [19]). Die Befreiung von der Verbindlichkeit sei das Entgelt. Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden. Die Schuldbefreiung ist eine Rechtsfolge, aber kein wirtschaftlicher Gegenwert der Erfüllung [20]). Für die Fälle der Schuldbegründung durch gegenseitigen Vertrag ist dies besonders einleuchtend. Hier wird durch die Eingehung der Verbindlichkeit nur die eigentliche Leistung vorbereitet. Schuldbegründung und Erfüllung sind als Einheit anzusehen. Das Verpflichtungsgeschäft bestimmt nur die Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit der Leistung. Die Anhänger der herrschenden Meinung sind gezwungen, jeden gegenseitigen Vertrag in drei entgeltliche Geschäfte, die Schuldbegründung und die beiden Erfüllungsgeschäfte, zu zerlegen. Dies Ergebnis steht im offenen Gegensatz zum natürlichen Rechtsempfinden. Für den Verkäufer einer Sache ist das Entgelt der Uebereignung nicht die Schuldbefreiung, sondern der Kaufpreis. Es ist interessant, daß einige Anhänger der herrschenden Meinung dem anscheinend zustimmen [21]), dennoch aber, ohne den Widerspruch zu erkennen, die Schulderfüllung allgemein als entgeltlich ansehen.

b) Gleiches muß auch für die Erfüllung einer außervertraglichen Schuld gelten. Auch hier ist die Schulderfüllung kein Gegenwert im wirtschaftlichen Sinn [22]). Deshalb ist die Erfüllung einer solchen Verbindlichkeit aber nicht unentgeltlich [23]). Sie dient nur der notfalls erzwungenen Verwirklichung eines von der Rechtsordnung gewünschten Zweckes. Die Entgeltsfrage ist demnach überhaupt nicht aufzuwerfen [24]). Die Verfügung ist neutral [25]).

c) Es ist der herrschenden Meinung zwar zuzugeben, daß die zweite Kommission davon ausging, die Schulderfüllung sei als solche entgeltlich. Denn um zu vermeiden, daß die Erfüllung eines Schenkungsver-

[18]) Unten § 11.

[19]) RG. 51, S. 76; 62, S. 45; 105, S. 248; Liebisch, S. 27; Jaeger, § 32, 4; RGR.-Kom. II, § 516, 4.

[20]) Oertmann, S. 89.

[21]) Z. B. Liebisch, S. 28; Jaeger, § 32, 1.

[22]) A. M. von Tuhr II 2, S. 148.

[23]) Es gibt keinen Satz, daß jede Verfügung entweder entgeltlich, oder unentgeltlich sein müsse. Krawielicki, S. 157.

[24]) Unentgeltlichkeit liegt außerdem auch deshalb nicht vor, weil es an der Einigkeit hierüber fehlt. Vgl. unten § 8 a. E.

[25]) Der Begriff ist von Krawielicki, S. 150, 157 geprägt.

versprechens durch den Vorerben wirksam sei, bestimmte sie in § 2113 II BGB., sie solle den Vorschriften über unentgeltliche Verfügungen unterliegen. Indessen ist zu berücksichtigen, daß zur Zeit der Schaffung des bürgerlichen Gesetzbuches über den Begriff der unentgeltlichen Verfügung noch keine Klarheit herrschte. Im Hinblick auf die oben erwähnten gegen die herrschende Meinung sprechenden Gründe und mit Rücksicht auf die Tatsache, daß die zweite Kommission, wie § 816 BGB. zeigt, ihre Auffassung nicht lückenlos durchgeführt hat, kann diese für die Gesetzesauslegung nicht als bindend anerkannt werden [26].

II. Entgeltlichkeit und Unentgeltlichkeit bei objektiver Ungleichheit der Leistungen.

§ 6. 1. Die heutigen Ansichten.

Es ist möglich, daß sich zwei Leistungen gegenüberstehen, von denen die eine größeren Wert als die andere hat. Hier wird die Beantwortung der Frage, ob eine entgeltliche oder unentgeltliche Verfügung vorliegt, schwierig.

1. Im Anfechtungsrecht [1]) und bei § 816 BGB. [2]) ist nach heute allgemein anerkannter Meinung allein der Parteiwille entscheidend. Wenn die Parteien eine Leistung als durch die andere entgolten ansehen, liegt trotz objektiven Wertunterschiedes ein entgeltliches Geschäft vor.

Gegen diese Auffassung und vor allem gegen ihre Uebertragung auf das Erbrecht sind Bedenken möglich. Wenn der zahlungsunfähige Schuldner eine Sache verschleudert, können erhebliche Schädigungen der Gläubiger eintreten. Ebenso liegt es bei den §§ 816, 2113 II, 2205 BGB. Auch hier können infolge Unzulänglichkeit des Surrogats der wahre Berechtigte, der Nacherbe und der Erbe geschädigt werden.

a) Im Anfechtungsrecht ist diese Gefahr noch am geringsten. Erkennbare Schleudergeschäfte, die ernstlich als entgeltliche gewollt sind, werden von Schuldnern erfahrungsgemäß erst kurz vor dem Zusammenbruch vorgenommen und führen im allgemeinen auch nur in diesem Fall zu einer zur Anfechtung berechtigenden Schädigung der Gläubiger. Hier bieten aber die §§ 30, 31 KO., 3 Z. 1 und 2 AnfGes. einen, allerdings keineswegs immer wirksamen, Schutz der Gläubiger. Es ist deshalb verständlich, daß im Anfechtungsrecht nie versucht wor-

---

26) Richtig Mot. V, S. 130.

1) RG. 62, S. 45; Jaeger, § 32, 1; Cosack, S. 135.

2) Krawielicki, Bereicherungsrecht, S. 275; Enneccerus II, S. 702; Staudinger II 3, § 816, 2, a, η; Planck II 2, § 816 II, und § 516, 3.

den ist, neben dem Parteiwillen den objektiven Wert der Leistungen für die Frage der Entgeltlichkeit von Bedeutung sein zu lassen.

b) Anders liegt es schon bei § 816 BGB. Nichtberechtigte, die ihre Nichtberechtigung kennen, pflegen die fremden Sachen häufig zu verschleudern. Ebenso häufig pflegen sie zahlungsunfähig zu sein, sodaß der ehemalige Eigentümer nicht einmal auf Grund des § 816 I S. 1 BGB. den geringen Erlös erlangt, während der Erwerber sich seines guten Kaufes freut. Hierauf ist es offenbar zurückzuführen, daß die Mehrheit der zweiten Kommission der Meinung war [3]), die Entgeltlichkeit könne nicht allein durch den Parteiwillen bestimmt werden. Indessen ist diese Auffassung für das geltende Recht zu § 816 BGB. bisher niemals vertreten worden.

De lege ferenda bestehen jedoch ähnliche Bestrebungen. So fordert z. B. Binding [4]) für das Schleudergeschäft eine Aenderung des § 816 BGB. zu Gunsten des ehemaligen Eigentümers. Pringsheim [5]) hält die durch § 816 BGB. getroffene Regelung der schuldrechtlichen Ausgleichsansprüche im Falle gutgläubigen Rechtserwerbes gleichfalls für rechtspolitisch nicht geglückt. Er empfiehlt das bereits dem Allgemeinen Landrecht (§ 26, I, 15 ALR.) bekannte Lösungsrecht, durch das beim Verkauf unter dem wahren Werte der frühere Eigentümer auch mehr als nach bisherigem Recht geschützt werden würde.

c) Lediglich für das Erbrecht wird behauptet, der Parteiwille allein könne ein Geschäft nicht zum entgeltlichen machen [6]). Grundlage der herrschenden Meinung ist eine Entscheidung des Reichsgerichts vom Jahre 1913 [7]), in der ausgeführt wird, daß bei objektiver Ungleichheit der Leistungen eine Verfügung auch dann unentgeltlich im Sinne des § 2113 BGB. sei, wenn der Vorerbe erkannte oder erkennen mußte, daß sie ordnungswidrig war.

2. Der Gedanke, daß im Erbrecht ein besonderer Unentgeltlichkeitsbegriff gelte, ist bedeutend jünger als das bürgerliche Gesetzbuch selbst. Ursprünglich war es durchaus unbestritten, daß im Erbrecht ebenso wie im Anfechtungsrecht und bei § 816 BGB. allein der Parteiwille maßgebend sei und daß es auf die Frage der Ordnungswidrigkeit der Verfügung nicht ankomme. So heißt es in einer Entscheidung des Kammergerichts vom Jahre 1904 [8]), „daß es außer Zweifel stehe, daß der Testamentsvollstrecker, wenn er auch dem Erben gegenüber dafür vorantwortlich sei, daß er Verfügungen über Nachlaßgegenstände nur

[3]) Prot. III, S. 84; oben § 5, 2.
[4]) S. 38; ebenso Reichel, S. 183, Anm. 17.
[5]) S. 210.
[6]) Oben § 1, Anm. 10 und 11.
[7]) RG. 81, S. 364 ff.
[8]) KGJ. 27 A, S. 192 ff.

im Rahmen ordnungsmäßiger Verwaltung vornehme, nach außen schlechthin ohne solchen Nachweis verfügen könne". Lediglich „Schenkungen" seien unwirksam. In einer Entscheidung vom Jahre 1906 [9]) führt das Kammergericht unter Verweisung auf die Reichsgerichtsentscheidungen aus dem Anfechtungsrecht [10]) aus, daß „unentgeltlich ein Rechtsgeschäft sei, das ohne eine nach Absicht der Parteien gleichwertige Gegenleistung vorgenommen wird". In der früheren Literatur wurde diese Ansicht gleichfalls durchweg vertreten [11]).

3. Auch das Reichsgericht entschied zunächst in diesem Sinne.

a) In einer Entscheidung vom Jahre 1909 [12]), der ersten, in der es sich über die hier interessierenden Fragen auszusprechen hatte, führt es aus, daß der befreite Vorerbe verfügen könne ohne Rücksicht darauf, ob die Verfügung zum Zwecke einer ordnungsmäßigen Verwaltung erforderlich sei oder nicht. Unwirksam seien nur unentgeltliche Verfügungen. Das Reichsgericht erläutert diesen Begriff zwar nicht näher, gerade hieraus muß jedoch geschlossen werden, daß es den allgemeinen, in den früheren Entscheidungen zum Anfechtungsrecht entwickelten Unentgeltlichkeitsbegriff angewendet wissen wollte. Insbesondere folgt aus der Entscheidung klar, daß Ordnungswidrigkeit und Unentgeltlichkeit nichts miteinander zu tun haben sollen.

b) Aus einer Entscheidung vom Jahre 1910 [13]) ergibt sich ebenfalls noch nichts hierfür. Ein Testamentsvollstrecker hatte eine Hypothek mit Zustimmung des Erben für einen ihm persönlich zu gewährenden Kredit verpfändet. Das Reichsgericht folgert die Unentgeltlichkeit dieser doch höchst ordnungswidrigen Verfügung nur daraus, daß dem Geschäft jede Beziehung zur Nachlaßmasse fehle. Da der Testamentsvollstrecker die ihm gezogenen Grenzen überschritten und sogar eine strafbare Untreue begangen habe, sei seine Verfügung auch nicht durch Einwilligung des Erben wirksam geworden.

c) Ein ähnlicher Fall lag einer Entscheidung vom Jahre 1911 [14]) zugrunde. Mehrere Testamentsvollstrecker hatten eine Nachlaßhypothek abgetreten. Das Entgelt erhielt einer von ihnen. Im Gegensatz zu der vorigen Entscheidung ist das Reichsgericht der Meinung [15]), „daß eine unentgeltliche Verfügung nicht vorliege, da der Nachlaß durch die Abtretung unmittelbar Gläubiger des begünstigten Testamentsvoll-

[9]) KGJ. 33 A, S. 164 ff.
[10]) RG. 62, S. 44 ff. u. a. Vgl. oben Anm. 1.
[11]) Leonhard, § 2113, II, C; Planck V, Voraufl., § 2113,2.
[12]) RG. 70, S. 332 ff.
[13]) RG. 74, S. 215 ff.
[14]) RG. 75, S. 299 ff.
[15]) Die die Unentgeltlichkeit betreffenden Ausführungen der Entscheidung sind in der amtlichen Sammlung abgedruckt.

streckers geworden sei und nach dem Parteiwillen auch werden sollte". Auf die Entgeltlichkeit sei es ohne Einfluß, daß die übrigen Testamentsvollstrecker sich von dem begünstigten trotz dessen geringer Kreditwürdigkeit nicht die geringste Sicherheit hätten gewähren lassen. Als sich gegenüberstehende Leistungen sieht das Reichsgericht demnach die Hypothekenabtretung und die Entstehung eines — anscheinend vertraglichen [16]) — Anspruches des Nachlasses gegen den begünstigten Testamentsvollstrecker an. Obwohl das Mißverhältnis zwischen beiden Leistungen offenbar war und auch von allen Beteiligten erkannt wurde, das Geschäft also im höchsten Grade ordnungswidrig war, nimmt das Reichsgericht keine Unentgeltlichkeit an. In der Entscheidung taucht noch ein neuer Gesichtspunkt auf. Während das Reichsgericht in der vorigen Entscheidung aus dem Vorliegen einer strafbaren Untreue des Testamentsvollstreckers noch keine unmittelbaren Schlüsse auf die Unwirksamkeit der Verfügung zog, führt es jetzt aus, daß in der Untreue ein Mißbrauch der Rechtsmacht des Testamentsvollstreckers liege, auf den die bereits früher entwickelten Grundsätze des Mißbrauchs einer Vertretungsmacht angewendet werden müßten [17]).

4. a) Die nun folgende Entscheidung vom Jahre 1913 [18]) ist, wie bereits erwähnt, grundlegend für den erbrechtlichen Begriff der unentgeltlichen Verfügung geworden. Es handelte sich um einen vom befreiten Vorerben geschlossenen Vergleich, bei dem die beiderseitigen Leistungen objektiv höchst ungleich waren. Es stand nämlich ein Schulderlaß von 94 000 Mark einem solchen von 9000 Mark gegenüber. Unter Zugrundelegung des zu § 816 BGB. und im Anfechtungsrecht entwickelten allgemeinen Entgeltbegriffes hätte hier bereits dann ein entgeltliches Geschäft vorgelegen, wenn Vorerbe und Vertragsgegner der Meinung waren, daß eine Leistung durch die andere voll entgolten werden sollte.

Das Reichsgericht stellt zunächst den Satz auf, die §§ 2113 bis 2115 BGB. bezweckten ersichtlich, die Herausgabeverpflichtung des Vorerben gemäß § 2130 BGB. sicherzustellen. Entgeltliche Verfügungen seien dem Vorerben erlaubt, weil infolge der Surrogationsvorschrift des § 2111 BGB. der Wertbestand des Nachlasses bei ihnen im ganzen unverändert bleibe. Es bemängelt dann weiter, offenbar zu Recht, daß der Vorderrichter einen rein objektiven Maßstab angelegt und eine unentgeltliche Verfügung des Vorerben in Höhe von 85 000 Mark angenommen hatte. Da die Verbindung von Leistung und Gegenleistung durch den Willen der Beteiligten geschaffen werde, könnten objek-

---

16) Schadensersatzansprüche aus unerlaubter Handlung und Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung sind kein Entgelt. S. unten § 11, 2, b, α.
17) Unten § 9.
18) RG. 81, S. 364 ff.

tive Merkmale nicht ausschließlich für die Frage der Entgeltlichkeit entscheidend sein. Umgekehrt könnte aber auch der anfechtungsrechtliche, rein subjektive Entgeltbegriff auf § 2113 BGB. nicht angewendet werden, da dies zu schweren Schädigungen des Nachlasses und damit zur Vereitelung des Gesetzeszweckes führen würde. Es müsse hiernach eine Verbindung von objektiven und subjektiven Merkmalen Platz greifen. Maßgebend für die Bestimmung des objektiven Merkmals seien die §§ 2120, 2130 BGB. Eine unentgeltliche Verfügung liege dann nicht vor, wenn ein Vorerbe vom Standpunkte eines guten Hausvaters aus unter Berücksichtigung seiner künftigen Herausgabeverpflichtung das betreffende Geschäft abschließen durfte. Eine ähnliche Verbindung objektiver und subjektiver Merkmale finde sich auch sonst im bürgerlichen Gesetzbuche, z. B. in den §§ 119, 1333, 2078, 2281 BGB. Es sei möglich, trotz § 2130 BGB. den Standpunkt eines guten Hausvaters zugrunde zu legen, da diese Vorschrift lediglich die Haftung des Vorerben regele, während es hier auf die Unwirksamkeit seiner Verfügungen ankomme.

b) Das Reichsgericht hat die in dieser Entscheidung angenommenen Grundsätze in der Folgezeit beibehalten [19]) und auf das Testamentsvollstreckerrecht übertragen [20]). Ein teilweiser Rückfall in die bisherige Rechtsprechung findet sich in einer späteren Entscheidung [21]), die gleichfalls noch aus dem Jahre 1913 herrührt. Ein Testamentsvollstrecker hatte eine zum Nachlaß gehörige Eigentümergrundschuld als Sicherheit für ein ihm gewährtes Darlehn übereignet. Das Reichsgericht schließt daraus, daß in den Nachlaß kein Gegenwert geflossen ist, es liege eine unentgeltliche Verfügung vor, wendet dann aber doch nur wie in der Entscheidung im 75. Bande die Grundsätze über den Mißbrauch der Vertretungsmacht [22]) an.

c) Nur in der letzten diesbezüglichen Entscheidung [23]) ist das Reichsgericht in einem wichtigen Punkte von den im 81. Bande aufgestellten Grundsätzen abgegangen, freilich ohne hierauf ausdrücklich hinzuweisen. Ein befreiter Vorerbe hatte an einem Nachlaßgrundstück für einen ihm persönlich eingeräumten Kontokorrentkredit Sicherheitshypotheken bestellt. Der Gläubiger verlangt von den künftigen Nacherben Duldung der Zwangsvollstreckung. Das Reichsgericht prüft unter dem Gesichtspunkt des § 2113 II BGB., ob die Bestellung der Hypothek den Nacherben gegenüber wirksam erfolgt ist und bejaht die Frage. Der gewährte und noch zu gewährende Kredit sei die Gegenleistung für

[19]) RG. 125, S. 242 ff.
[20]) RG. 105, S. 264; 117, S. 97 ff.
[21]) RG. 83, S. 348 ff.
[22]) Unten § 9.
[23]) RG. JW. 1932, S. 171 ff.

die Hypothekenbestellung. Gegen die Gleichwertigkeit der Leistungen beständen nur dann Bedenken, wenn der Vorerbe über das Maß dessen, was zur Erlangung des Kredits erforderlich gewesen wäre, Pfänder aus der Hand gegeben, also entgegen den Anforderungen einer ordnungsmäßigen Verwaltung gehandelt hätte. Dies sei hier indessen nicht der Fall, da es sich um Höchstbetragshypotheken handele und der gewährte Kredit über ihren Betrag hinausgehe.

Während das Reichsgericht bisher forderte, daß das Geschäft einer ordentlichen Nachlaßverwaltung widersprach, stellt es die Entscheidung hier lediglich auf das Vorliegen einer ordentlichen Verwaltung ab. Der Unterschied ist bedeutsam. Es ist sehr wohl möglich und bei Geschäften, die dem Vorerben persönlich nutzen, auch häufig der Fall, daß das Geschäft zwar einer ordentlichen Verwaltung des Nachlasses widerspricht, aber, wenn man Nachlaß und sonstiges Vermögen des Vorerben als Einheit ansieht, ordnungsmäßig ist. Wenn der Vorerbe, wie in dem zur Entscheidung stehenden Fall, eine Hypothek für eigene Schulden bestellt, so widerspricht dies zweifellos einer ordentlichen Nachlaßverwaltung, es kann aber durchaus im Sinne einer ordentlichen Gesamtvermögensverwaltung liegen.

5. Die Kommentare [24]) sowie die unteren Gerichte [25]) haben sich vorbehaltlos der vom Reichsgericht im 81. Bande [26]) ausgesprochenen Meinung angeschlossen. In der neueren Wissenschaft haben sich nur Kipp, von Tuhr und Krawielicki mit dem erbrechtlichen Begriff der unentgeltlichen Verfügung beschäftigt.

a) Von Tuhr [27]), der die Frage kurz in einer Anmerkung im Allgemeinen Teil behandelt, meint unter Berufung auf die Entscheidung im 81. Bande, daß bei Zuwendungen aus einem fremden Vermögen oder aus einem Vermögen, auf das ein anderer eine Anwartschaft hat, die Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit vom Standpunkt ordnungsmäßiger Verwaltung aus zu prüfen sei. Er will offenbar der Meinung des Reichsgerichts durch diese Formulierung eine über den Rahmen des Einzelfalles hinausgehende wissenschaftliche Grundlage geben. In Widerspruch hierzu steht es allerdings, wenn von Tuhr an anderer Stelle [28]) bei Behandlung der rechtsgrundlosen Verfügungen ausführt, durch die §§ 2113 II, 2205 BGB. solle der Nachlaß nur gegen vorsätzliche Verminderungen geschützt werden.

---

[24]) Staudinger V, §§ 2112—2115, III, B, b.; Planck V, § 2113, 2; RGR.-Kom. V, § 2113, 3.

[25]) Z. B. Kammergericht in JW. 1925, S. 376 und 379.

[26]) Die Entscheidung RG. JW. 1932, S. 171 ff. ist bisher noch nicht verwertet.

[27]) II, 2, S. 140, Anm. 20.

[28]) Von Tuhr II, 2, S. 143, Anm. 37.

b) Kipp [29]) ist der Meinung, daß beim Fehlen eines in den Nachlaß fließenden angemessenen Entgelts eine unentgeltliche Verfügung nur dann vorliege, wenn der Vorerbe oder Testamentsvollstrecker dies wisse. Er läßt also fahrlässige Nichtkenntnis nicht genügen. Warum es auf die Angemessenheit des Entgelts überhaupt ankommen soll, begründet Kipp nicht. Die Ansicht, daß nur positive Kenntnis des Vorerben oder Testamentsvollstreckers genüge, stützt er auf § 2138 II BGB., der eine Haftung des befreiten Vorerben für unentgeltliche Verfügungen und für Handlungen anordnet, die er in der Absicht, den Nacherben zu benachteiligen, vorgenommen hat. Kipp meint, daß aus dieser Nebeneinanderstellung hervorgehe, daß der befreite Vorerbe für unentgeltliche Verfügungen nur haftbar gemacht werden könne, wenn er vorsätzlich gehandelt habe. Demnach müsse der Vorsatz zum Begriff der unentgeltlichen Verfügung gehören.

c) Krawielicki [30]) ist, ähnlich wie Kipp, der Meinung, daß Unentgeltlichkeit im Sinne des Erbrechts Kenntnis des Vorerben oder Testamentsvollstreckers von der Ordnungswidrigkeit der Verfügung voraussetze. Er stützt seine Auffassung auf das römische Recht. Seiner Meinung nach nimmt § 2113 II BGB. die Stelle des Justinianischen Veräußerungsverbotes [31]) ein. Es seien demnach grundsätzlich alle ordnungswidrigen Geschäfte unwirksam. Da jedoch die Verfasser des bürgerlichen Gesetzbuches die Rechtsmacht des Vorerben hätten erweitern wollen, so müsse eine subjektive Einschränkung angenommen werden, die nur in der Kenntnis des Vorerben von der Ordnungswidrigkeit bestehen könne. Denn der Dritte habe keine Veranlassung, bei einem Geschäft mit einem Vorerben auf den Schutz des Nachlasses bedacht zu sein. Fahrlässige Kenntnis des Vorerben von der Ordnungswidrigkeit könne nicht genügen, da dann im wesentlichen das bisherige Recht fortbestehen würde.

Für das Testamentsvollstreckerrecht kommt Krawielicki auf Grund des bisherigen Rechts, das dem des gewöhnlichen Vorerben entsprach [32]), zum gleichen Ergebnis [33]).

---

§ 7. 2. Widerlegung der Gründe der Anhänger der herrschenden Meinung.

1. a) Die Begründung des Reichsgerichts in der Entscheidung im 81. Bande geht davon aus, daß es zu schweren Schädigungen des Nach-

[29]) S. 338 und 423 sowie in JW. 1925, S. 375 (Anm.).
[30]) S. 131 ff.
[31]) Oben § 2, 2, b.
[32]) Oben § 3.
[33]) Krawielicki, S. 122.

lasses und damit zur Vereitelung des Gesetzeszweckes führen würde, wenn für die Frage der Entgeltlichkeit lediglich die Absicht der Parteien entscheidend wäre. Als Zweck des Gesetzes — gemeint ist hiermit wohl § 2113 II BGB. — sieht es das Reichsgericht an, daß diese Vorschrift den § 2111 BGB. ergänzen und eine Schädigung des Nachlasses verhindern solle. Es läßt sich nicht leugnen, daß bei Anwendung des allgemeinen Entgeltbegriffes Schädigungen des Nachlasses eintreten können, die die herrschende Meinung vermeidet [1]). Die Schlüsse, die das Reichsgericht aus dieser Tatsache zieht, sind aber schon deshalb nicht gerechtfertigt, weil § 2113 II BGB. nicht die von ihm behaupteten Zwecke verfolgt.

α) Zwar trifft es für die gewöhnliche Nacherbfolge zu, daß es im Sinne des Erblassers liegt, dem Nacherben den Nachlaß möglichst ungeschmälert zu verschaffen. Das Gesetz muß dem natürlich Rechnung tragen, sodaß man wohl von einem in der bezeichneten Richtung liegenden Zweck des Instituts der gewöhnlichen Nacherbfolge sprechen kann. Die Erreichung dieses allgemeinen Zwecks, den das Reichsgericht nicht meint, ist aber nicht Sonderzweck der Vorschrift des § 2113 II BGB. Die Bestimmung, daß unentgeltliche Verfügungen unwirksam sind, steht in keinem unmittelbaren inneren Zusammenhang mit dem Surrogationsprinzip. Dieses beruht darauf, daß es der Billigkeit entspricht, wenn bei einer auf irgendeine Weise gebundenen Vermögensmasse die Bindung auch den Gegenwert für aus der Masse fortgegebene Gegenstände erfaßt [2]). Das Surrogationsprinzip trägt wohl dazu bei, ein Vermögen zusammenzuhalten, es soll und kann aber keineswegs bewirken, daß sein Wertbestand im ganzen erhalten bleibt. Die Surrogation als solche ist ja völlig unabhängig von dem Werte der beiderseitigen Leistungen. Die Vorschrift des § 2113 II BGB. ist aus dem ganz andern Grunde in das Gesetz aufgenommen worden, weil man dem Vorerben als einem Treuhänder nur die Vornahme von an sich im Rahmen des Wirtschaftsverkehrs liegenden Geschäften gestatten wollte [3]). Auch tatsächlich dient sie nicht der Ergänzung des § 2111 BGB., denn selbst wenn man die Meinung des Reichsgerichts zugrunde legt, sind noch viele Fälle möglich, in den weder Surrogation noch Unwirksamkeit eintritt.

β) Daß die Meinung des Reichsgerichts verfehlt ist, wird besonders klar, wenn man berücksichtigt, daß auch bei der befreiten Vorerbschaft die §§ 2113 II, 2111 BGB. gelten. Hier soll der Nacherbe doch nur den Ueberrest erhalten, während der Vorerbe den Nachlaß, auch unter Angreifung des Stammes, nutzen soll. Die beiden angeführten

1) Vgl. oben § 6, 1, aber auch unten § 9.
2) Von Tuhr I, S. 334; Enneccerus I, S. 402.
3) Oben § 2, 5, b, α.

Vorschriften können also unmöglich den Zweck verfolgen, den gleichbleibenden Wert des Nachlasses zu gewährleisten. Die Meinung des Reichsgerichts ist umso befremdlicher, als es sich in dem zur Entscheidung stehenden Fall um eine befreite Vorerbfolge handelte.

b) α) Noch weniger ist die Art zu billigen, in der das Reichsgericht den Begriff der unentgeltlichen Verfügung dem vermeintlichen Gesetzeszweck anpaßt. Indem es aus dem in den §§ 2120, 2130 BGB. enthaltenen Begriff der ordnungsmäßigen Verwaltung auf die Verfügungsmacht des Vorerben schließt, begeht es den grundsätzlichen Fehler, Innen- und Außenverhältnis zu vermengen. Die Haftung für ordnungswidrige Handlungen, von der in den erwähnten Vorschriften allein die Rede ist, hat mit der Verfügungsmacht ebensowenig zu tun, wie beispielsweise der Umfang einer Vollmacht mit dem zugrunde liegenden Auftrag. Daß gerade im Vorerbenrecht ein Unterschied zwischen Rechtsmacht und Berechtigung gewollt ist, ist früher — auch vom Reichsgericht — stets hervorgehoben worden [4]) und folgt auch klar aus der Entstehungsgeschichte [5]).

β) Da die Haftung des gewöhnlichen und des befreiten Vorerben verschieden ist, müßte auch der Begriff der unentgeltlichen Verfügung bei richtiger Durchführung des reichsgerichtlichen Gedankens bei der gewöhnlichen und der befreiten Vorerbfolge ein verschiedener sein. Diese offenbar verfehlte Folgerung hat das Reichsgericht nun zwar nicht gezogen, begeht aber infolgedessen einen weiteren logischen Fehler dadurch, daß es die für den gewöhnlichen Vorerben getroffene Haftungsregelung auf den befreiten — später sogar ohne irgendwelche Begründung auch auf den Testamentsvollstrecker — überträgt. Daraus, daß § 2139 S. 2 BGB. den § 2113 II BGB. nicht miterwähnt, ist nichts dafür zu entnehmen, daß der unter Berücksichtigung der nur für den gewöhnlichen Vorerben geltenden §§ 2110, 2130 BGB. geschaffene Begriff der unentgeltlichen Verfügung auch für den befreiten Vorerben gelte.

γ) Ein weiteres Glied dieser Kette von Fehlschlüssen liegt darin, daß § 2130 BGB. keine Verpflichtung des Vorerben zu ordentlicher Verwaltung des Nachlasses enthält [6]). Der Vorerbe hat den Nachlaß als ganzen nur in dem Zustande herauszugeben, der sich bei einer bis zur Herausgabe fortgesetzten ordnungsmäßigen Verwaltung ergibt. Dieser Verpflichtung kann er auch auf andere Weise nachkommen als durch ständige ordnungsmäßige Verwaltung. Er kann z. B. den Nachlaß durch sein Privatvermögen ergänzen. Wenn nur einzelne Handlungen ordnungswidrig waren, der hierdurch verursachte Schaden aber durch den Nutzen ausgeglichen ist, den andere Handlungen dem Nach-

[4]) S. oben § 6, 2 und 3, a.
[5]) Oben § 2, 5, a.
[6]) Prot. V, S. 96.

laß infolge übermäßiger Sorgfaltsanwendung brachten, ist nicht einmal dies nötig [7]). Verwaltet der Vorerbe den Nachlaß unsorgfältig, so kann der Nacherbe nie auf Grund von § 2130 BGB. auf ordentliche Ausübung der Verwaltung klagen, sondern ist auf den Weg aus den §§ 2128 ff. BGB. angewiesen. Da es hiernach möglich ist, daß aus den erwähnten Gründen überhaupt keine Haftung für ein ordnungswidriges Geschäft eintritt, läßt sich aus § 2130 BGB. nicht ableiten, daß die Ordnungswidrigkeit eine der Voraussetzungen der Unwirksamkeit einer Verfügung sei. Dies macht das Reichsgericht aber. Es spricht zwar von einer Berücksichtigung der künftigen Herausgabeverpflichtung, läßt aber doch hierbei die Ordnungswidrigkeit der einzelnen Verfügung entscheidend sein.

δ) Schließlich berücksichtigt das Reichsgericht die Tatsache nicht, daß der Vorerbe nur für die Sorgfalt haftet, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt. Wenn § 2131 BGB. auch nur die Haftung des Vorerben regelt, so berechtigt dies nicht dazu, die Vorschrift nicht anzuwenden, wenn man überhaupt von der Haftung auf die Rechtsmacht schließt. Das Reichsgericht hätte hiernach als subjektive Voraussetzung der Unwirksamkeit nicht fahrlässige Unkenntnis des Vorerben von der Ordnungswidrigkeit genügen lassen dürfen, sondern hätte es auf den Haftungsmaßstab des § 2131 BGB. abstellen müssen.

2. Die letzte Entscheidung [8]) ist in juristischer Hinsicht vollends unzutreffend. Sie enthält keine Begründung des Standpunkts der herrschenden Meinung, will sich also offenbar die Gründe der früheren Entscheidungen, insbesondere der im 81. Bande, zu eigen machen. Es ist aber unerfindlich, was eine ordentliche Gesamtvermögensverwaltung mit der Bestimmung des § 2130 BGB., die ja nach Meinung des Reichsgerichts auch für § 2113 II BGB. maßgebend ist, zu tun haben soll. Außerdem ist die Entscheidung m. E. insofern bedenklich, als sie übersieht, daß sich der Charakter von Sicherungsgeschäften als entgeltlichen, unentgeltlichen oder neutralen Geschäften nach denselben Grundsätzen wie der der Erfüllung richtet [9]). Die Sicherung eines Darlehnsanspruchs ist also ebensowenig Entgelt der Darlehnshingabe wie die Rückzahlung.

3. Es ist auch nicht möglich, die für den Vorerben gefundenen Sätze auf den Testamentsvollstrecker zu übertragen. Es gibt im Testamentsvollstreckerrecht keine Surrogation, als deren Ergänzung § 2205 S. 2 BGB. angesehen werden könnte. Die Haftung des Testamentsvollstreckers ist in § 2216 BGB. anders als die des Vorerben geregelt.

---

7) Planck V, § 2130, 1.
8) RG. in JW. 1932, S. 171 ff.; oben § 6, 3, c.
9) Oertmann, S. 99; Krawielicki, S. 130.

4. Von Tuhr hat seine Auffassung [10]) nicht ganz klar gefaßt. Denn auch bei § 816 BGB. handelt es sich um Zuwendungen aus einem fremden Vermögen. Im Anfechtungsrecht haben die Gläubiger auf die Masse ein Recht, das einem Anwartschaftsrecht sehr ähnelt und sogar in gewissen Beziehungen eine dingliche Wirkung äußert. Man kann also sehr wohl auch hier von Zuwendungen aus einem — materiell — fremden Vermögen sprechen.

Von Tuhr will demnach wohl nur für Zuwendungen eines Vermögensverwalters aus dem von ihm verwalteten Vermögen einen besonderen Unentgeltlichkeitsbegriff annehmen. Hierfür scheint zu sprechen, daß zwei verschiedene Gründe zur Schaffung von Beschränkungen der Wirksamkeit von unentgeltlichen Verfügungen geführt haben.

a) § 816 BGB. und die anfechtungsrechtlichen Bestimmungen enthalten einen Anwendungsfall des das ganze Recht durchziehenden Satzes, daß ein Erwerb, den jemand ohne Aufwendungen seinerseits macht, nicht schutzwürdig ist, wenn dadurch ein anderer Schaden erleidet [11]).

b) Die erbrechtlichen Verfügungsbeschränkungen sind hingegen in das Gesetz aufgenommen worden, weil man dem Vorerben und dem Testamentsvollstrecker nur an sich im Rahmen des Wirtschaftsverkehrs liegende Verfügungen gestatten wollte. Auch dieser Gedanke ist keineswegs auf das Erbrecht beschränkt [12]).

c) α) Indessen ist die Lage im Erbrecht ganz ähnlich der bei den sonstigen Verfügungsbeschränkungen. Auch hier gibt es neben dem Verfügungsempfänger einen Dritten, der durch die Verfügung geschädigt werden würde.

β) Umgekehrt drängt sich besonders im Anfechtungsrecht der erbrechtliche Gedanke auf, daß Geschäfte des Wirtschaftsverkehrs ohne Rücksicht auf ihre Ordnungsmäßigkeit wirksam sein sollen, während unentgeltliche Geschäfte als außerhalb des Rahmens desselben liegend diesen Schutz nicht verdienen.

d) Hieraus ergibt sich, daß sich die verschiedenen Gesetzeszwecke keinesfalls gegenseitig ausschließen, sich vielmehr ergänzen und überschneiden. Mag auch im Erbrecht der eine, bei § 816 BGB. und im Anfechtungsrecht der andere Gedanke überwiegen, so ist hieraus nichts dafür zu entnehmen, daß der Begriff der unentgeltlichen Verfügung in beiden Arten von Vorschriften ein verschiedener ist.

5. Wenn Kipp seine Auffassung auf § 2138 II BGB. stützt, so ist dies, wie Krawielicki [13]) bereits gezeigt hat, deshalb verfehlt, weil diese

[10]) Oben § 6, 4, a.

[11]) Von Tuhr II, 2, S. 137; Jaeger, § 32 Einl.; Heck, S. 293; vgl. auch §§ 822, 988 BGB., 96 EG. ALR.

[12]) Vgl. §§ 1446, 1641, 1804 BGB.; unten § 8, 5 und 6.

[13]) S. 136 f.

Vorschrift, soweit sie die unentgeltlichen Verfügungen betrifft, lediglich die objektiven Voraussetzungen einer Haftung des befreiten Vorerben bestimmt. Die subjektiven sind unter Berücksichtigung des Zwekkes des Gesetzes selbständig zu entwickeln. Es liegt bei § 2138 II BGB. hier ebenso wie bei der familienrechtlichen Bestimmung des § 1456 BGB. Nur insoweit ist Kipp Recht zu geben, daß als subjektive Voraussetzung des § 2138 II HS. 1 BGB. Vorsatz, d. h. das Bewußtsein, als Vorerbe unentgeltlich zu verfügen, genügt. Fahrlässige Nichtkenntnis reicht nicht aus, weil der befreite Vorerbe von der Haftung für Fahrlässigkeit gerade befreit ist (§ 2136 BGB.). Benachteiligungsabsicht braucht nicht, wie Krawielicki [14]) annimmt, vorzuliegen. Aus der Fassung des Gesetzes ergibt sich klar, daß die Haftung für unentgeltliche Verfügungen nicht ein Unterfall der allgemeinen Haftung für absichtliche Benachteiligung des Nacherben sein sollte. Ein Vorerbe, der unentgeltlich verfügt, braucht keineswegs immer in Benachteiligungsabsicht zu handeln, selbst wenn er seine Vorerbeneigenschaft kennt. Wenn § 2113 II BGB. die Unwirksamkeit einer unentgeltlichen Verfügung anordnet, so enthält er auch eingeschlossen ein Verbot an den Vorerben, solche Verfügungen vorzunehmen. Setzt dieser sich wissentlich darüber hinweg, so erfordert es die Billigkeit, daß er dem Nacherben auch dann haftet, wenn er ihn nicht benachteiligen wollte [15]).

6. Auch Krawielickis Gründe sind nicht durchschlagend.

a) Es ist bereits gezeigt, daß die Bestimmung des § 2113 II BGB. auf die Schenkungsbeschränkung des Allgemeinen Landrechts zurückgeht [16]). Sie kann demnach nicht mit dem Justinianischen Veräußerungsverbot in Verbindung gebracht werden [17]). Die gemeinrechtliche Regelung der Verfügungsmacht des gewöhnlichen Vorerben sollte ja gerade beseitigt werden. Im Gegensatz zum früheren Recht, nach dem Verfügungen des gewöhnlichen Vorerben grundsätzlich unwirksam waren, ist nach bürgerlichem Recht im Anschluß an die befreite Vorerbfolge des Allgemeinen Landrechts die Wirksamkeit der Verfügungen die Regel und die Unwirksamkeit die Ausnahme [18]).

b) Hiernach ist bereits der Ausgangspunkt der Begründung Krawielickis nicht zutreffend. Auch seine weiteren Ausführungen können nicht gebilligt werden. Gewiß ist es richtig, daß die Verfasser des

---

14) A. a. O.

15) Für § 1456 BGB. ebenso Planck IV 1, § 1456, 3, während es nach Staudinger IV 1, § 1456, 2, b, β genügt, daß objektiv ein zustimmungsbedürftiges Geschäft ohne Zustimmung der Frau vorgenommen ist.

16) Oben § 2, 4 und 5.

17) A. M. Krawielicki, S. 119.

18) Für das Testamentsvollstreckerrecht gilt das Gleiche.

bürgerlichen Gesetzbuches die Verfügungsmacht des Vorerben im Verhältnis zum bisherigen Recht erweitern wollten. Es ist aber willkürlich, wenn Krawielicki [19]) aus diesem Grunde eine subjektive Einschränkung in der Person des Vorerben schafft. Aus der ganzen Entstehungsgeschichte des bürgerlichen Gesetzbuches ist hierfür nichts zu entnehmen. Wenn er meint, die subjektive Einschränkung könne nur in der Kenntnis des Vorerben von der Ordnungswidrigkeit bestehen, so ist dem entgegenzuhalten, daß unzählige andere „subjektive" und auch „objektive" Einschränkungen möglich sind, bei deren Anwendung gleichfalls das Ziel, die Rechtsstellung des Vorerben zu erweitern, erreicht werden könnte. Insbesondere ist nicht einzusehen, warum die Kenntnis des Vorerben eine so überragende Bedeutung haben und die des Dritten völlig unbeachtlich sein soll. Wenn man einmal den Krawielickischen Ausgangspunkt als richtig unterstellt, würde es m. E. gar nicht so fern liegen, die subjektive Einschränkung in der Person des Dritten zu suchen. Jemand, der weiß, daß ein Vorerbe mit ihm ein ordnungswidriges Geschäft abschließt, ist jedenfalls nicht unbedingt schutzwürdig [20]).

---

§ 8. 3. Die gegen die herrschende Meinung sprechenden Gründe.

1. Gegen die herrschende Meinung spricht vor allem die Entstehungsgeschichte. Der Begriff der unentgeltlichen Verfügung im Erbrecht hat sich wie auch der des Anfechtungsrechts aus dem Schenkungsbegriff entwickelt. Daß man bei Schaffung des bürgerlichen Gesetzbuches nicht daran dachte, grundsätzliche Aenderungen herbeizuführen, ist bereits ausgeführt [1]). Demnach muß zwischen entgeltlicher und unentgeltlicher Verfügung im wesentlichen derselbe Unterschied bestehen, der früher zwischen entgeltlichem Geschäft und Schenkung bestand. Diesen erblickte man aber stets ohne Rücksicht auf den objektiven Wert der Leistungen darin, daß sich bei der Schenkung die Parteien darüber einig waren, daß eine Leistung, zum mindesten teilweise, ohne Gegenwert gemacht wurde [2]). Im geltenden Anfechtungsrecht und bei § 816 BGB. wird auch nach den gleichen Gesichtspunkten unterschieden [3]). Im Erbrecht muß eine unentgeltliche Verfügung hiernach gleichfalls Einigkeit über die Unentgeltlichkeit voraussetzen. Ein objektiver Minderwert in Verbindung mit der Kenntnis oder der fahrlässigen

---

[19]) S. 122.

[20]) Vgl. unten § 9.

[1]) Oben § 2, 5, b, β.

[2]) Förster-Eccius II, S. 36; Dernburg, Pandekten II, S. 278; Windscheid II, S. 545 f.

[3]) Vgl. die oben § 6, Anm. 1 und 2 Zitierten.

Unkenntnis des Vorerben oder Testamentsvollstreckers hiervon kann die Unentgeltlichkeit nicht begründen.

Die herrschende Meinung gelangt dagegen trotz der völlig gleichen Entwicklung des erbrechtlichen und des anfechtungsrechtlichen Begriffs bei beiden hinsichtlich der Frage der Unentgeltlichkeit zu einem verschiedenen Ergebnis.

2. Die herrschende Meinung führt auch zu Folgen, die vom Gesetz unmöglich gewollt sein können.

a) Der Vorerbe und der Testamentsvollstrecker sollten in ihrer Verfügungsmacht im Gegensatz zum früheren Recht grundsätzlich frei sein [4]). Das Reichsgericht [5]). vernachlässigt diesen Gesichtspunkt völlig. Durch seine Rechtssprechung stellt es im Ergebnis das frühere Recht wieder her. Dort waren allerdings bereits objektiv ordnungswidrige Verfügungen unwirksam. Es wird aber wohl kaum viele Fälle geben, in denen ein Geschäft einer ordentlichen Nachlaßverwaltung widerspricht, ohne daß der Vorerbe oder Testamentsvollstrecker dies erkannte oder hätte erkennen müssen.

b) Bei der befreiten Vorerbfolge soll der Nacherbe nach dem Willen des Erblassers nur den Ueberrest erhalten. Der Vorerbe soll also mit dem Nachlaß grundsätzlich nach freiem Ermessen schalten und walten dürfen. Er soll zu seinen Lebzeiten im wesentlichen die Stellung eines Vollerben haben [6]). Hierin — im Innenverhältnis — besteht ja gerade der Gegensatz zwischen gewöhnlicher und befreiter Vorerbfolge. Die herrschende Meinung wird dem Willen des Erblassers in keiner Weise gerecht, indem sie im Ergebnis den befreiten Vorerben nur wenig besser als den gewöhnlichen stellt und somit die Gegensätze zwischen beiden Arten der Vorerbfolge verwischt.

c) Die herrschende Meinung engt die Stellung des Vorerben auch insofern ein, als er unter Umständen für Geschäfte haften muß, für die er offenbar nach dem Willen des Gesetzes nicht haften sollte. Wenn ein gewöhnlicher Vorerbe ein Geschäft abschließt, das ordnungswidrig ist, das er aber infolge leichter Fahrlässigkeit nicht als solches erkannte, so haftet er auch nach Meinung des Reichsgerichts dem Nacherben nicht, falls er in eigenen Angelegenheiten nicht sorgfältiger war. Wenn in diesem Fall das Geschäft aber unwirksam ist, so tritt doch regelmäßig eine vom Gesetzgeber sicher nicht gewollte Haftung ein, zwar nicht gegenüber dem Nacherben, so doch gegenüber dem Vertrags-

---

4) Oben § 2, 5, a und § 3, 4.

5) Auf die Meinung Kipps und Krawielickis treffen diese Erwägungen nicht in vollem Maße zu.

6) Dieser Wille des Erblassers wird besonders ausgeprägt in dem häufigsten Fall bestehen, daß er seinen Ehegatten zum befreiten Vorerben und seine Kinder zu Nacherben einsetzt.

gegner. Handelt es sich um einen befreiten Vorerben, ist das Ergebnis noch mißbilligenswerter. Hier taucht auch noch die andere Frage auf, ob nicht sogar dem Nacherben gegenüber wegen Vornahme der unentgeltlichen Verfügung gehaftet wird. Das Reichsgericht könnte sie nur dann verneinen, wenn es der auch hier vertretenen Auffassung [7]) folgen würde, daß § 2138 II BGB. nur die subjektiven Voraussetzungen einer Haftung für unentgeltliche Verfügungen enthält. Für das Testamentsvollstreckerrecht lassen sich diese Erwägungen allerdings nicht verwerten, weil der Testamentsvollstrecker auch für leichtfahrlässige Ordnungswidrigkeiten haftet (§ 2219 BGB.).

d) Da es bei sehr vielen, vielleicht sogar den meisten, Geschäften zweifelhaft sein wird, ob sie den Grundsätzen einer ordentlichen Nachlaßverwaltung entsprechen, wird ein sorgsamer Vorerbe, um der herrschenden Meinung gerecht zu werden, regelmäßig bei seinen Geschäften die Einwilligung des Nacherben einholen müssen. Andernfalls hat er damit zu rechnen, daß später Schadensersatzansprüche gegen ihn geltend gemacht werden. Auch der Dritte wird, um sicher zu gehen, stets auf Einholung der Einwilligung dringen. Hierdurch wird aber die Verwaltungsbefugnis des Vorerben in einer Weise beschränkt, die unmöglich dem Willen des Gesetzes entspricht, das dem Vorerben bei der Nachlaßverwaltung nach außen grundsätzlich keine Schranken auferlegen will [8]). Besonders unbillig ist dies Ergebnis bei der befreiten Vorerbfolge. Wenn das Reichsgericht hiergegen ausführt, daß das Gesetz es selbst in § 2120 BGB. vorsehe, daß der Vorerbe zu gewissen Verwaltungsmaßregeln die Einwilligung des Nacherben einholen solle, so steht dem entgegen, daß § 2120 BGB. eine solche Bestimmung ausdrücklich nur für die Fälle enthält, in denen der Vorerbe nicht mit Wirkung gegenüber dem Nacherben verfügen kann, obgleich das Geschäft zur ordnungsmäßigen Nachlaßverwaltung erforderlich ist. Da man an ordnungsmäßige unentgeltliche Verfügungen [9]) sicher nicht gedacht hat, können die Verfasser des Gesetzes hiermit nur die Fälle der §§ 2113 I, 2116 ff. BGB. gemeint haben. Wenn dies auch nicht ausschließt, daß der Nacherbe in andern Fällen seine Zustimmung zu einem einer ordentlichen Nachlaßverwaltung entsprechenden Geschäft des Vorerben geben muß, wenn dieser ein berechtigtes Interesse daran hat, so zeigt es doch, daß die Meinung des Reichs-

[7]) Oben § 7, 5.

[8]) Oben § 2, 5, a und § 3, 4.

[9]) Da diese — z. B. Schenkungen eines Kaufmannes aus Geschäftsrücksichten — nach früherem Recht wirksam waren, das bürgerliche Gesetzbuch aber die Stellung des Vorerben und des Testamentsvollstreckers erweitern wollte, müssen sie m. E. auch nach geltendem Recht überhaupt als vollwirksam angesehen werden.

gerichts schwerlich richtig sein kann. Ueberdies übersieht das Reichsgericht, daß eine Einwilligung nur im Vorerbenrecht möglich ist, während im Testamentsvollstreckungsrecht niemand da ist, der eine solche wirksam erteilen könnte. Auf die Einwilligung des Erben kommt es ja, wie allgemein anerkannt, nicht an [10]).

e) α). Nach Meinung des Reichsgerichts ist die Frage der Ordnungswidrigkeit und damit der Unentgeltlichkeit nur zu prüfen, wenn sich zwei Leistungen gegenüberstehen, die objektiv nicht gleichwertig sind. Dies wird in der Entscheidung im 81. Bande zwar nicht ausdrücklich ausgesprochen, folgt aber mit Sicherheit daraus, daß das Reichsgericht als Ausgangspunkt seiner Begründung nicht die Ordnungswidrigkeit, sondern die objektive Ungleichheit der Leistungen nimmt. In späteren Entscheidungen ist der erwähnte Satz dann auch klar ausgesprochen worden [11]).

Da Kipp als objektive Voraussetzung der Unentgeltlichkeit das Fehlen eines in den Nachlaß fließenden angemessenen Entgelts annimmt [12]), ist er insoweit der gleichen Ansicht wie das Reichsgericht.

β) Hiernach liegt eine unentgeltliche Verfügung nicht vor, wenn der Vorerbe oder Testamentsvollstrecker zwar ordnungswidrig verfährt, aber ein objektiv gleichwertiges Entgelt erhält. Solche Fälle sind selten, können aber vorkommen. Wenn Vorerbe oder Testamentsvollstrecker Gegenstände, die sie zur ordentlichen Verwaltung des Nachlasses benötigen, für ein an sich angemessenes Entgelt veräußern, handeln sie regelmäßig ordnungswidrig, wenn sie diese später zu höherem Preis wiederkaufen müßten. So liegt es beispielsweise, wenn zum Nachlaß ein Landgut gehört und Vorerbe oder Testamentsvollstrecker nun das zur Aussaat im folgenden Jahr bestimmte Getreide verkaufen. Der umgekehrte Fall würde vorliegen, wenn sie Gegenstände zum angemessenen Preis erwerben, ohne daß diese, wie vielfach Luxusgegenstände, für den Nachlaß verwendbar sind und ein Wiederverkauf nur mit Verlust möglich ist.

Ohne Zweifel kann in den letzterwähnten Fällen trotz Ordnungswidrigkeit keine unentgeltliche Verfügung angenommen werden. Es erscheint aber willkürlich, einen derartigen Unterschied zu machen. Das Reichsgericht und Kipp können ihn auch nicht näher begründen. Folgerichtig wäre es allein, auch in diesen Fällen Unentgeltlichkeit anzunehmen, besonders, wenn man berücksichtigt, daß hier eine Haftung nach §§ 2130, 2219 BGB. eintritt und das Reichsgericht sich auf § 2130 BGB. stützt.

---

[10]) RG. 74, S. 215 ff.
[11]) RG. 105, S. 246 ff.; RG. in JW. 1932, S. 171 ff.
[12]) Oben § 6, 5, b.

γ) Krawielicki[13]) nimmt an, daß jedes vom Vorerben oder Testamentsvollstrecker als ordnungswidrig erkannte Geschäft unentgeltlich und damit nichtig ist. Zu dieser Auffassung muß er auf Grund seiner geschichtlichen, auf das Justinianische Veräußerungsverbot zurückgehenden Begründungsweise kommen. Offenbar hat er nicht erkannt, daß es Fälle gibt, in denen trotz vollen Gegenwertes Ordnungswidrigkeit vorliegt[14]). Da dies Ergebnis, wie eben gezeigt, nicht richtig sein kann, muß auch die Meinung Krawielickis falsch sein.

f) α) Die herrschende Meinung vernachlässigt ferner vollkommen die Interessen des Dritten, mit dem Vorerbe oder Testamentsvollstrekker kontrahieren. Es ist doch gewiß ein höchst unbilliges Ergebnis, wenn selbst gegenüber einem Dritten, der den Umständen nach annehmen durfte, daß ein Geschäft zur ordentlichen Nachlaßverwaltung erforderlich sei, der es aber aus verständlichen Gründen unterlassen hat, die Zustimmung des Nacherben einholen zu lassen, plötzlich geltend gemacht werden kann, das Geschäft sei unwirksam. Der Dritte könnte sich nicht einmal auf die Vorschriften zum Schutze des Erwerbes vom Nichtberechtigten berufen, da ihm ja bekannt war, daß er von einem Vorerben oder Testamentsvollstrecker erwarb[15]). Gewiß hat er nicht die Aufgabe, die Interessen des Nachlasses zu wahren[16]). Hieraus darf aber nicht geschlossen werden, daß seine Meinung über das Geschäft gänzlich unbeachtlich wäre. Man wird vielmehr eine Interessenabwägung vornehmen müssen. Wie bereits oben[17]) ausgeführt, liegen die Voraussetzungen des allgemeinen Grundsatzes, daß niemand auf Kosten eines andern einen unentgeltlichen Erwerb machen soll, auch im Erbrecht vor. Die notwendige Folge dieses Satzes ist, daß umgekehrt ein entgeltlicher Erwerb im allgemeinen Schutz verdient, also die Interessen des Dritten denen des Geschädigten vorgehen. Diese Schutzwürdigkeit liegt nach herrschender Meinung im Fall des § 816 BGB. und im Anfechtungsrecht bereits dann vor, wenn die Parteien die Leistungen einander gleichgesetzt haben. Auf den objektiven Wert kommt es nicht an. Warum nun gerade im Erbrecht der Dritte unter den gleichen Voraussetzungen nicht schutzwürdig sein soll, haben die Anhänger der herrschenden Meinung nicht nachgewiesen[18]).

β) Daß übrigens auch das Reichsgericht grundsätzlich den mit einem Testamentsvollstrecker kontrahierenden Dritten für schutzwürdig hält,

---

[13]) Oben § 6, 4, c.

[14]) Ebenso anscheinend von Tuhr II 2, S. 140, Anm. 20.

[15]) Staudinger V, §§ 2112—2115, III, B.

[16]) Krawielicki, S. 124.

[17]) § 7, 4, c, α.

[18]) Nur wenn der Dritte erkannt hat oder hätte erkennen müssen, daß Vorerbe oder Testamentsvollstrecker unter Mißbrauch ihrer Rechtsmacht gehandelt haben, verdient er keinen Schutz. Vergl. darüber unten § 9.

ergibt eine interessante Entscheidung aus dem Jahre 1929 [19]). Dort wird unter Berufung auf die Gesetzesmaterialien [20]) ausgeführt, daß der Testamentsvollstrecker entgegen dem Wortlaut des § 2206 BGB. auch dann eine Nachlaßverbindlichkeit schaffe, wenn er zwar nicht im Rahmen einer ordentlichen Nachlaßverwaltung handelte, der Dritte dies aber annehmen durfte [21]). Als Gründe für seine Auffassung führt das Reichsgericht an, daß sie den Bedürfnissen des Rechtsverkehrs entspreche und nachteilige Folgen auch für den Erben vermeide. Diese ausdehnende Auslegung ist sicher richtig [22]). Die Rechtsprechung zu § 2205 BGB. steht in unlösbarem Gegensatz zu ihr. Ein Testamentsvollstrecker, der einen ordnungswidrigen Kaufvertrag schlösse, ohne daß der Dritte dies erkannte, würde zwar eine Nachlaßverbindlichkeit schaffen, könnte diese aber nicht wirksam erfüllen, da dem § 2205 BGB. entgegenstehen würde. Hieraus folgt gleichfalls, daß die herrschende Meinung zu § 2205 BGB. unrichtig ist.

3. a) In § 2113 II BGB. sind für unwirksam erklärt unentgeltliche Verfügungen und Verfügungen, die zum Zwecke der Erfüllung eines vom Vorerben erteilten Schenkungsversprechens erfolgen. Diese Zweiteilung beruht unbestritten darauf, daß man früher annahm, die Erfüllung einer Schuld sei stets entgeltlich. Man erachtete deshalb eine Sondervorschrift für den Fall als notwendig, daß ein Gegenstand nicht im Wege des Realgeschäfts, sondern auf Grund einer Verpflichtung fortgegeben wurde. Unterstellt man einmal die Richtigkeit dieser Auffassung [23]), so kann man auf alle Verfügungen, die auf Grund eines Verpflichtungsgeschäftes erfolgen, nur § 2113 II S. 1 HS. 2 BGB. anwenden.

Nun sind aber Geschäfte, die Leistungen zweier Parteien enthalten, in der Regel nicht Realgeschäfte. Besteht die Verbindung zwischen beiden Leistungen in einem Vertrag, so geht sogar notwendig der eigentlichen Güterverschiebung eine Verpflichtung voraus, wobei es zunächst gleichgültig ist, ob die Parteien das Geschäft als entgeltliches oder unentgeltliches wollen. Auf unentgeltliche Geschäfte, bei denen sich zwei, wenn auch ungleichwertige, Leistungen gegenüberstehen, wird daher fast stets § 2113 II S. 1 HS. 2 BGB. zutreffen.

[19]) RG. in DJZ. 1929, Sp. 1206.

[20]) Prot. V, S. 544.

[21]) Es liegt hier umgekehrt wie bei dem unten, § 9, zu behandelnden Mißbrauch der Vertretungsmacht bei der Vornahme von Verfügungen. Während das Reichsgericht dort die Verfügungsmacht bei Kenntnis oder fahrlässiger Nichtkenntnis des Dritten von der Ordnungswidrigkeit einschränkt, dehnt es hier die Verpflichtungsmacht bei nichtfahrlässiger Unkenntnis aus.

[22]) Ebenso Kipp, S. 424; Planck V, § 2206, 3; a. M. Staudinger V, § 2206, 1.

[23]) M. E. ist sie abzulehnen. Vgl. darüber oben § 5, 3.

Bei einer streng wörtlichen Auslegung des Gesetzes würde dies bedeuten, daß derartige Geschäfte nur unwirksam sind, wenn sie gemischte Schenkungen sind. Vielleicht nahm man bei Schaffung des Gesetzes an, daß das Schenkungsversprechen der einzige Fall einer Verpflichtung zu einer unentgeltlichen Verfügung sei, vielleicht liegt hier auch bloß eine Ungenauigkeit der zweiten Kommission vor, die ja die Begriffe unentgeltliche Verfügung und Schenkung häufig nicht auseinander gehalten hat [24]). Dem Sinn des Gesetzes entspricht es jedenfalls, die Vorschrift des § 2113 II S. 1 HS. 2 BGB. auf alle zum Zwecke der Erfüllung unentgeltlich eingegangener Verpflichtungen vorgenommenen Verfügungen auszudehnen, auch soweit es sich nicht um die Erfüllung von Schenkungsversprechen handelt. Diese Erweiterung kann allerdings nicht so weit führen, auf das wichtigste Element des Schenkungsversprechens, die Einigkeit über die Unentgeltlichkeit, zu verzichten oder gar ein neues, die Kenntnis bzw. fahrlässige Nichtkenntnis des Vorerben, in den Begriff hineinzubringen.

In den vom Reichsgericht behandelten Fällen ging der Verfügung regelmäßig ein schuldrechtlicher Vertrag voraus [25]). Hätte das Reichsgericht hier, wie es richtig gewesen wäre, den § 2113 II S. 1 HS. 2 BGB. angewendet, hätte es sicher erkannt, daß seine Auffassung mit dem Gesetz nicht vereinbar ist.

b) Im Testamentsvollstreckerrecht liegt es ganz ähnlich. In § 2205 BGB. fehlt eine Vorschrift, daß die Erfüllung eines Schenkungsversprechens unwirksam sei, wahrscheinlich nur deshalb, weil selbst der befreite Testamentsvollstrecker für den Nachlaß kein gültiges Schenkungsversprechen erteilen kann. § 2207 S. 2 BGB. vertritt insoweit die Stelle von § 2113 II S. 1 HS. 2 BGB. und dient der Ergänzung der Verfügungsbeschränkung des § 2205 S. 2 BGB. Das für das Vorerbenrecht Gesagte gilt auch hier. § 2207 BGB. wird gleichfalls erweiternd dahin ausgelegt werden müssen, daß der Testamentsvollstrecker nicht nur kein Schenkungsversprechen, sondern auch keine sonstige unentgeltliche Verpflichtung eingehen kann.

4. Der nichtbefreite Testamentsvollstrecker kann grundsätzlich nur Verbindlichkeiten eingehen, wenn dies von den Zwecken einer ordentlichen Verwaltung erfordert wird (§ 2206 I S. 1 BGB.). Eine Verpflichtung zu einer Verfügung kann er jedoch auch eingehen, wenn er zu der Verfügung berechtigt ist (§ 2206 I S. 2 BGB.). Dieser Gegensatz zeigt, daß es im zweiten Fall gerade *nicht* darauf ankommen soll, ob das Geschäft ordnungswidrig ist, der Testamentsvollstrecker vielmehr zu Verfügungen grundsätzlich ohne Rücksicht auf deren Ordnungs-

[24]) Vgl. oben § 2, 5, b.

[25]) In den Entscheidungen RG. 81, S. 364 ff. und 117, S. 97 ff. ein Vergleich.

mäßigkeit befugt ist. Wäre die herrschende Meinung richtig, würde § 2206 I S. 2 BGB. nur die geringe Bedeutung haben, daß der Testamentsvollstrecker den Nachlaß durch ein ordnungswidriges Geschäft auch dann verpflichten könnte, wenn er die Ordnungswidrigkeit nicht erkannte bzw. nicht zu erkennen brauchte.

5. Im Familienrecht gibt es den §§ 2113, 2205 BGB. entsprechende Vorschriften.

a) Vater und Vormund können, von im Gesetz einzeln aufgezählten Ausnahmen abgesehen, über Gegenstände des Kindes bzw. Mündels verfügen (§§ 1630 I, 1793 BGB.). Auf Schenkungen erstreckt sich ihre Vertretungsmacht jedoch nicht (§§ 1641, 1804 BGB.). Diese Einschränkung ist aus den gleichen Gründen wie § 2205 BGB. in das Gesetz aufgenommen worden. Man nahm an, daß es dem Zweck der Verwaltung eines fremden Vermögens widerspräche, wenn der Verwalter Schenkungen vornehmen könne [26]). Daß in den §§ 1641, 1804 BGB. noch der Begriff Schenkung verwendet wird, beruht anscheinend darauf, daß die zweite Kommission bei der Uebernahme der Schenkungsbeschränkung des ersten Entwurfs (§§ 1661, 1503 E 1 BGB.) die notwendige Anpassung an die erbrechtlichen Verfügungsbeschränkungen übersehen hat. Es kann dahingestellt bleiben, welche Folgerungen hieraus zu ziehen sind [27]). Jedenfalls kann man auf das Erfordernis der Einigkeit über die Unentgeltlichkeit bei den §§ 1641, 1804 BGB. nicht verzichten. Da die herrschende Meinung dies auch nicht macht, besteht nach ihr zwischen den familienrechtlichen und den erbrechtlichen Verfügungsbeschränkungen ein Widerspruch, der in diesem Umfang unmöglich vom Gesetz gewollt sein kann.

b) Im Recht der ehelichen Gütergemeinschaften liegt es ebenso. Der Mann kann Gesamtgutsgegenstände nicht ohne Einwilligung der Frau verschenken (§ 1446 BGB.). Die Gründe dieser Vorschrift sind die gleichen, die auch zur Schaffung der §§ 1641, 1804 BGB. und der erbrechtlichen Verfügungsbeschränkungen geführt haben [28]). Die herrschende Meinung muß auch hier zu dem geschilderten widerspruchsvollen Ergebnis gelangen.

6. Zwischen dem Testamentsvollstrecker und den übrigen Vermögensverwaltern kraft Amtes bestehen viele Aehnlichkeiten. Man kann es als allgemeinen Grundsatz des modernen deutschen Rechts bezeichnen, daß diese Personen über die Gegenstände des ihnen anvertrauten Vermögens frei verfügen können.

a) Im Konkursrecht gilt seit langem der Satz, daß der Konkursverwalter bei der Verwaltung der Masse wirksam verfügen kann ohne

---

[28]) Mot. IV, S. 356; Prot. IV, S. 257.
[26]) Mot. IV, S. 1106; Prot. IV, S. 760.
[27]) Vgl. darüber von Tuhr II 2, S. 163.

Rücksicht darauf, ob dies den Grundsätzen einer ordentlichen Vermögensverwaltung entspricht[29]). Man hat den Nachteil, daß durch einen unfähigen oder ungetreuen Konkursverwalter Schädigungen der Masse bewirkt werden können, im Interesse einer schnelleren und besseren Abwicklung des Konkurses in Kauf genommen. Außer Handlungen, die eine gesetzwidrige Bevorzugung einzelner Konkursgläubiger enthalten, werden lediglich Schenkungen des Konkursverwalters als unwirksam angesehen, weil sie dem Zwecke einer Vermögensverwaltung in fremdem Interesse offenbar widersprechen[30]).

b) Für den Nachlaßverwalter gilt Entsprechendes[31]). Seine Haftung wegen ordnungswidriger Handlungen wird scharf von seiner Verfügungsmacht getrennt, die grundsätzlich unbeschränkt ist.

c) Es entspricht sicher dem Sinn des Gesetzes, den Testamentsvollstrecker nicht schlechter als die eben erwähnten Vermögensverwalter zu stellen, denn er wird im Gegensatz zu diesen nicht von einer Behörde, sondern vom Erblasser ausgesucht.

7. Nach alledem muß angenommen werden, daß die herrschende Meinung nicht richtig ist. Sie ist lediglich aus dem Bestreben zu erklären, Schädigungen des Nachlasses, die durch Anwendung des allmeinen Entgeltbegriffes entstehen können, zu vermeiden. Sie beruht daher auf denselben Gedanken wie Bindings Vorschlag zur Aenderung des § 816 BGB.[32]). Für das geltende Recht ist festzustellen, daß auch im Erbrecht bei Verfügungen mit Rechtsgrund allein der Parteiwille die Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit bestimmt.

---

§ 9. 4. Mißbrauch der Vertretungsmacht.

1. Es erhebt sich die Frage, ob nicht auch bei Befolgung der von mir für richtig gehaltenen Meinung Schädigungen des Nachlasses vermieden oder zum mindesten eingeschränkt werden können.

a) Das Reichsgericht hat in der Entscheidung im 75. Bande[1]) den Gedanken des Mißbrauchs der Vertretungsmacht angewendet. Das Urteil im 83. Bande[2]) beruht gleichfalls hierauf, wenn das Reichsgericht auch, um die inzwischen ergangene Entscheidung im 81. Bande[3])

---

[29]) RG. in JW. 1886, S. 196; RG. 29, S. 80 ff., 53, S. 190 ff., 57, S. 195 ff.; Jaeger, § 6, Anm. 42.

[30]) Vgl. die in voriger Anmerkung Zitierten.

[31]) RG. 72, S. 260 ff.; Staudinger V, § 1978, IV, A, d und § 1985, 2.

[32]) Vgl. oben § 6, 1, b.

[1]) Oben § 6, 3, c.

[2]) Oben § 6, 4, b.

[3]) Oben § 6, 4, a.

nicht ganz zu übergehen, beiläufig erwähnt, es liege auch eine unentgeltliche Verfügung vor.

In den angeführten Entscheidungen handelt es sich um die Frage der Verfügungsmacht des Testamentsvollstreckers. Dieser ist Vertreter des Erben oder ist — nach der Amtstheorie — wenigstens im wesentlichen wie ein solcher zu behandeln [4]). Das für den Mißbrauch der Vertretungsmacht allgemein geltende Recht findet daher auch auf ihn Anwendung. Es fehlt auch an einer Grundlage, insoweit einen Unterschied zwischen der gesetzlichen und der gewillkürten Vertretungsmacht zu machen [5]). Ferner unterliegt es keinem Zweifel, daß ein Testamentsvollstrecker, der bewußt einen Nachlaßgegenstand ohne oder gegen unangemessenes Entgelt fortgibt, seine Vertretungsmacht mißbraucht. Ungewiß ist jedoch, unter welchen Umständen und in welcher Weise überhaupt ein Mißbrauch der Vertretungsmacht auf ein Geschäft einwirkt.

b) Die herrschende Meinung [6]) nimmt an, daß ein durch einen Vertreter geschlossenes Geschäft, bei dem dieser seine Vertretungsmacht mißbraucht, d. h. bewußt in einer ihrem Zweck widersprechenden Weise benutzt hat, dann unwirksam ist, wenn der Vertragsgegner den Mißbrauch erkannt hat oder hätte erkennen müssen [7]). Die Gründe, auf die sich die Anhänger der herrschenden Meinung stützen, sind verschieden. Das Reichsgericht wendet die §§ 169 bis 172 BGB. analog an [8]), während Kipp und Enneccerus annehmen, derartige Geschäfte seien durch die Vertretungsmacht nicht gedeckt.

c) Gegen die herrschende Meinung wird vorgebracht, daß auf einen Mißbrauch der Vertretungsmacht mangels besonderer gesetzlicher Vorschriften nur die §§ 138, 826 BGB. Anwendung finden könnten [9]). Hiernach könne Fahrlässigkeit des Vertragsgegners auf das Geschäft keinen Einfluß haben. Es müsse vielmehr ein arglistiges Zusammenwirken zwischen ihm und dem Vertreter vorliegen.

2. Es würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen, wenn diese Fragen, über die bereits viel geschrieben ist, eingehend erörtert werden würden. M. E. ist die herrschende Meinung richtig. Zwar sind die

---

[4]) Vgl. oben § 1, 2, b.

[5]) A. M. Macke, S. 46.

[6]) RG. 52, S. 96 ff.; 71, S. 219 ff.; 75, S. 299 ff., Kipp (Festgabe) S. 273 ff.; Enneccerus I, S. 561 (anders Voraufl. S. 461); Staudinger I, § 164, 7 und § 167, 8, b.

[7]) Es genügt leichte Fahrlässigkeit. A. M. Macke, S. 45 ff., der für die gesetzliche Stellvertretung Vorsatz und für die gewillkürte grobe Fahrlässigkeit verlangt.

[8]) RG. 75, S. 301. In den früheren Entscheidungen gab das Reichsgericht unter Berufung auf das römische Recht eine exceptio doli.

[9]) Von Tuhr II 2, S. 400; Krawielicki, S. 152 ff.

von ihren Anhängern angeführten Gründe nicht restlos überzeugend. Insbesondere stellt es einen äußerst gewagten Analogieschluß dar, wenn das Reichsgericht sich auf die §§ 169 bis 172 BGB. stützt, die lediglich Fälle betreffen, in denen eine erloschene Vollmacht zu Gunsten eines gutgläubigen Dritten als fortbestehend gilt. Durchschlagend ist m. E. allein der praktische Gesichtspunkt, daß ein Dritter, der den Mißbrauch erkannte oder infolge von Fahrlässigkeit nicht erkannte, im Verhältnis zum Vertretenen keinen Schutz verdient [10]. Besonders überzeugend ist dies für die Fälle der gesetzlichen Vertretung, da der Vertretene auf die Auswahl des Vertreters hier im allgemeinen keinen Einfluß hat [11]. Aber auch bei einer gewillkürten Vertretung ist die Interessenlage grundsätzlich ebenso.

3. Alles dies muß auch für das Vorerbenrecht gelten [12]. Zwar vertritt der Vorerbe nicht den Nacherben. Da seine Geschäfte aber regelmäßig auch diesen binden, hat seine Rechtsstellung große Aehnlichkeit mit der eines Vertreters. Anwendung der Grundsätze des Mißbrauchs der Vertretungsmacht ist umsomehr geboten, als es offenbar im Sinne des Gesetzes liegt, die Verfügungsmacht des Vorerben und im Anschluß hieran die Folgen ihres Mißbrauchs in gleicher Weise wie die des Testamentsvollstreckers zu behandeln [13].

4. M. E. führt die hier vertretene Auffassung zu einem angemessenen, die Interessen aller Beteiligten berücksichtigenden Ergebnis. Daß es für die Wirksamkeit eines Geschäfts ohne Bedeutung ist, wenn Vorerbe oder Testamentsvollstrecker fahrlässig ordnungswidrig gehandelt haben, wird auch von den Anhängern der herrschenden Meinung mit Ausnahme des Reichsgerichts zugegeben. Ein vorsätzlicher Mißbrauch der Rechtsmacht wird aber in vielen Fällen vom Vertragsgegner erkannt werden können. Dann sind Nacherbe bzw. Erbe geschützt, das von den Anhängern der herrschenden Meinung erstrebte Ziel ist also erreicht. Nur wenn dem Vertragsgegner nicht einmal Fahrlässigkeit vorzuwerfen ist, können Schädigungen des Nachlasses eintreten, die dann im Interesse der Verkehrssicherheit in Kauf genommen werden müssen.

---

§ 10. C. Der Begriff der Verfügung.

Eine Verfügung ist ein Rechtsgeschäft, durch welches ein Rechtsverhältnis oder ein Recht unmittelbar betroffen wird [1].

---

[10]) Dies erkennt auch Kipp (Festgabe) S. 274 an.

[11]) Verfehlt m. E. Macke, S. 46, der den gesetzlich Vertretenen schlechter als den rechtsgeschäftlich Vertretenen stellt. Vgl. oben Anm. 7.

[12]) A. M. Krawielicki, S. 155.

[13]) Oben § 3, 4.

[1]) Von Tuhr II, 1, S. 238; Enneccerus I, S. 427 f. RG. 90, S. 399.

Wie bereits ausgeführt, können nicht nur Verfügungen, sondern Leistungen jeder Art entgeltlich oder unentgeltlich sein [2]).

1. Es besteht kein Zweifel, daß der Begriff der Verfügung in den §§ 2113, 2205, BGB. im technischen Sinn gebraucht ist.

a) Wenn also ein Vorerbe oder Testamentsvollstrecker auf Grund einer unentgeltlichen Verpflichtung einen Nachlaßgegenstand in ein Grundstück einbaut, erwirbt der Grundeigentümer Eigentum hieran. Es handelt sich um eine im Interesse des Verkehrs an einen bestimmten Tatbestand geknüpfte Rechtsfolge, die auch eintreten muß, wenn ein Vorerbe oder Testamentsvollstrecker den Tatbestand verwirklicht.

In den Motiven zu § 1823 E 1 BGB. [3]) werden zwar rechtliche und tatsächliche Verfügungen einander gleichgestellt und in § 1839 E 1 BGB. werden dem befreiten Vorerben auch tatsächliche Verfügungen erlaubt. Indessen würden die Verfasser des ersten Entwurfes den erwähnten Fall vermutlich auch nicht anders entschieden haben. § 1823 E 1 BGB. regelte ebenso wie § 1839 E 1 BGB. nur die Berechtigung des Vorerben zu Verfügungen. Daß der Vorerbe auch zu tatsächlichen Verfügungen, die ordnungswidrig sind, grundsätzlich aber weder nach früherem noch nach geltendem Recht berechtigt ist, ist selbstverständlich.

b) Jaeger [4]) vertritt für das Anfechtungsrecht die Auffassung, daß der Begriff der Verfügung im Sinne der §§ 32 KO., 3 Z. 3 u. 4 AnfGes. nicht technisch zu nehmen sei [5]) und daß insbesondere auch unentgeltliche Verpflichtungen des Schuldners unter Umständen der Anfechtung unterlägen. Es kann dahingestellt bleiben, ob dies richtig ist. Jedenfalls liegt im Erbrecht keine Veranlassung vor, die §§ 2113, 2205 BGB. auf Verpflichtungsgeschäfte auszudehnen. Das Testamentsvollstreckerrecht enthält über die Verpflichtungsmacht besondere Bestimmungen (§§ 2206, 2207 BGB.). Im Vorerbenrecht entstehen Nachlaßverbindlichkeiten, die allein den Nacherben etwas angehen, unter ähnlichen Voraussetzungen [6]). Unrichtig sind daher auch die Ausführungen von Tuhrs [7]), der annimmt, daß die Verleihung eines Nachlaßgegenstandes durch den Vorerben oder Testamentsvollstrecker wegen § 2113 II, 2205 BGB. unwirksam sei.

2. Es fragt sich, ob alle Verfügungen unentgeltlich im Sinne dieser Vorschriften sein können.

---

2) Oben § 5, 1.
3) V, S. 108.
4) § 32, 3.
5) Ebenso Oertmann, S. 106 f.
6) Unten § 12, 3, b.
7) II 2, S. 138. Dagegen auch Krawielicki S. 126.

Sieht man von nichtvermögensrechtlichen Verfügungen ab [8]), die zweifelsfrei nicht unter die §§ 2113, 2205 BGB. fallen, so ergibt sich im Hinblick auf die Frage der Entgeltlichkeit eine Zweiteilung.

a) Es gibt Verfügungen, die im Rechtsverkehr regelmäßig gegen Entgelt vorgenommen zu werden pflegen. Dies sind die einseitig einen andern unmittelbar bereichernden Verfügungen [9]). Die meisten Verfügungen dieser Art sind zweiseitige Rechtsgeschäfte wie z. B. Veräußerung, Belastung und Schulderlaß. Aber auch der einseitige Verzicht auf ein Recht, durch den ein anderer unmittelbar bereichert wird, wie beispielsweise der des § 1168 BGB., gehört hierher.

b) Außerdem gibt es Verfügungen, die regelmäßig nicht zum Zwecke der Leistung an einen anderen, sondern im Eigeninteresse vorgenommen werden [10]). Hierher gehören z. B. Kündigung, Anfechtung, Widerruf, Wandelungserklärung und auch die Dereliktion [11]). Diese Verfügungen stellen fast stets die Ausübung eines Gestaltungsrechtes dar. Umgekehrt gehören aber keineswegs alle Gestaltungsgeschäfte in diese Gruppe [12]).

α) Wenn eine eigennützige Verfügung, wie gewöhnlich, im Interesse des Verfügenden vorgenommen wird und ihm auch nützt, erhebt sich die Frage nach ihrer Unentgeltlichkeit überhaupt nicht, da ein Entgelt nicht erwartet wird [13]). Dies schließt aber nicht aus, daß im Einzelfall ein anderer ein berechtigtes Interesse an der Verfügung hat. Dann kann sie zum Gegenstand eines entgeltlichen oder unentgeltlichen Geschäftes gemacht werden [14]).

Liegt ein unentgeltliches Geschäft vor, so finden auf dasselbe die Vorschriften der §§ 2113 II, 2205 BGB. Anwendung. Zwar erwähnt § 2375 BGB., der die Haftung des Erbschaftsverkäufers regelt, als unentgeltliche Verfügungen nur unentgeltliche Veräußerung und Belastung. Hieraus darf indessen nicht geschlossen werden, daß es andere unentgeltliche Verfügungen nicht geben könne. § 2375 BGB. führt die beiden wichtigsten Arten nur beispielsweise an, denn sicher würde auch ein unentgeltlicher Verzicht im Sinne des § 1169 BGB. eine Ersatzpflicht des Erbschaftsverkäufers begründen.

β) Zuzugeben ist allerdings, daß die eigennützigen Verfügungen praktisch wohl fast nie zum Gegenstand eines entgeltlichen oder unent-

---

[8]) Vgl. von Tuhr II 1, S. 240 f.

[9]) Ich nenne sie fremdnützige Verfügungen.

[10]) Ich nenne sie eigennützige Verfügungen. Sohm, S. 11, sieht diese Geschäfte überhaupt nicht als Verfügungen an und bezeichnet sie als verfügende Gestaltungsgeschäfte.

[11]) Ueber diese näheres unten § 11, 4, b.

[12]) Z. B. nicht der Verzicht im Sinne des § 1168 BGB.; vgl. oben a.

[13]) Von Tuhr II 2, S. 152.

[14]) Ebenso auch von Tuhr a. a. O.

geltlichen Geschäfts gemacht werden. Die Parteien können den erstrebten wirtschaftlichen Zweck regelmäßig auf einfacherem Weg erreichen. So wird z. B. ein Vermieter, der von einem ungünstigen Vertrag loskommen möchte, nicht mit dem Mieter, der zur Kündigung berechtigt ist, einen Vertrag des Inhalts schließen, daß dieser sein Kündigungsrecht entgeltlich oder unentgeltlich ausübe. Der Mieter wird hier vielmehr einfach auf seine Rechte aus dem Mietvertrag verzichten. Indessen schließt dies nicht aus, daß auch der erste Weg juristisch möglich ist.

Wird in dem erwähnten Fall vereinbart, daß die Kündigung ohne Entgelt vorgenommen werden solle, so bestehen keine Bedenken, auf das Geschäft die Vorschriften über unentgeltliche Verfügungen anzuwenden. Es kann demnach unter Umständen Unwirksamkeit gemäß §§ 2113 II, 2205 BGB. eintreten.

---

§ 11. D. Rechtsgrundlose Verfügungen.

1. Bereits oben [1]) wurde gezeigt, daß es Verfügungen gibt, die regelmäßig in eigenem und andere, die regelmäßig in fremdem Interesse vorgenommen werden. Bei den fremdnützigen Verfügungen wird stets ein Rechtsgrund, d. h. das Vorliegen eines mit der Verfügung beabsichtigten rechtlichen Zweckes erwartet. Der Verfügende kann die Erfüllung einer Schuld, eine Schenkung oder den Erwerb einer Forderung bezwecken. In allen Fällen ist es zur Schaffung eines gültigen Rechtsgrundes erforderlich, daß der Geschäftsgegner mit dieser Zweckbestimmung einverstanden ist. Der Rechtsgrund wird also durch Vertrag geschaffen [2]).

Anders liegt es bei den eigennützigen Verfügungen. Der Verfügende verfolgt hier regelmäßig nur den Zweck, sich selbst unmittelbar zu nützen. Ein Rechtsgrund im eigentlichen Sinne wird bei ihnen nicht erwartet.

Das Fehlen des Rechtsgrundes kann bei fremdnützigen Verfügungen darauf beruhen, daß eine gültige Vereinbarung hierüber nicht vorgelegen hat oder später fortgefallen ist. In dem ersten Fall bestehen die beiden Möglichkeiten, daß ein Rechtsgrund wenigstens von einer Partei zwar beabsichtigt, aber nicht erreicht ist, oder daß sich die Parteien darüber einig sind, daß ein Rechtsgrund nicht besteht, aber vielleicht später geschaffen werden soll.

Der häufigste Fall ist der, daß ein Rechtsgrund von den Parteien beabsichtigt, aber nicht erreicht ist. Er soll zunächst behandelt werden.

---

[1]) § 10, 2.

[2]) Von Tuhr II 2, S. 81; Enneccerus I, S. 453.

Eine rechtsgrundlose Vermögensverschiebung, sei sie nun durch Verfügung oder auf andere Weise erfolgt, wird von der Rechtsordnung nicht als endgültig behandelt. Regelmäßig steht daher dem Geschädigten ein Anspruch auf Zurückforderung der ungerechtfertigten Bereicherung des anderen zu.

a) Für das Anfechtungsrecht ist die Frage, ob eine rechtsgrundlose Verfügung unentgeltlich ist, bisher nur wenig behandelt. Von Tuhr [3]) bejaht sie, während das Reichsgericht sie verneint. In einer Entscheidung vom Jahre 1914 [4]) führt es aus, daß eine unentgeltliche Verfügung im Sinne des § 32 KO. nur dann vorliege, wenn die Parteien eine Leistung ohne Gegenleistung gewollt hätten. Wenn sie irrtümlich das Vorliegen eines an sich entgeltlichen Rechtsgrundes angenommen hätten, greife die Anfechtung nicht durch.

Bei Jaeger [5]) findet sich die Ansicht, daß § 32 KO. dann Anwendung fände, wenn wegen § 814 BGB. ein Bereicherungsanspruch nicht bestehe.

b) Ob rechtsgrundlose Verfügungen im Sinne des § 816 BGB. unentgeltlich sind, ist lebhaft umstritten [6]).

c) Auch für das Erbrecht werden die verschiedensten Meinungen vertreten.

α) Kipp [7]) nahm früher an, rechtsgrundlose Verfügungen seien grundsätzlich entgeltlich, da der Bereicherungsanspruch als Entgelt anzusehen sei. Er hat indessen diese Ansicht, die keine Anhänger gefunden hat, wieder aufgegeben. Nach der zuletzt von ihm vertretenen Meinung [8]) kann die Entgeltsfrage bei rechtsgrundlosen Verfügungen überhaupt nicht aufgeworfen werden, sie sollen also weder entgeltlich noch unentgeltlich sein.

β) Im Gegensatz zu seiner anfechtungsrechtlichen Rechtsprechung hat das Reichsgericht für das Erbrecht ausgesprochen, daß eine Leistung, die zur Erfüllung einer vermeintlichen Schuld erfolgt, unentgeltlich sei, da ein nicht vorhandenes Entgelt nicht durch den Glauben der Beteiligten an ein solches ersetzt werde [9]). Die in der Entscheidung im 81. Bande [10]) aufgestellten Grundsätze wendet das Reichsgericht auf diesen Fall nicht an, da sie nur gelten sollen, wenn überhaupt eine Gegenleistung vorliegt.

---

3) II 2, S. 141.
4) RG. in Gruchot 59, S. 521 ff.
5) § 32, 2.
6) Dafür z. B. Oertmann (Recht 1915), S. 512; dagegen Liebisch, S. 49 ff.
7) JW. 1925, S. 375 (Anm.).
8) Kipp, S. 423, Anm. 13.
9) RG. 105, S. 246 ff.
10) Oben § 6, 4, a.

γ) Von Tuhr nimmt zwar an, daß rechtsgrundlose Verfügungen grundsätzlich unentgeltlich seien, will indessen gerade für das Erbrecht insofern Besonderes gelten lassen, als er annimmt, durch die §§ 2113 II, 2205 BGB. würden nur vorsätzliche Schädigungen des Nachlasses getroffen [11]).

δ) Krawielicki [12]) stimmt dem Reichsgericht im Ergebnis zu, begründet seine Ansicht aber anders. Er nimmt zwar an, daß grundsätzlich ein Rückforderungsanspruch einer Leistung den Charakter als entgeltliche oder unentgeltliche nehme und sie zu einer neutralen mache. Die Verfügung sei für den Nachlaß jedoch insoweit nachteilig, als der Empfänger über den erlangten Gegenstand verfügen und der Bereicherungsanspruch möglicherweise nicht verwirklicht werden könne. Grundsätzlich seien aber nachteilige Verfügungen im Erbrecht unwirksam. Auf die Kenntnis des Vorerben oder Testamentsvollstreckers von der Nachteiligkeit könne es nicht ankommen, weil rechtsgrundlose Verfügungen nie im Rahmen einer ordentlichen Verwaltung erforderlich seien.

d) M. E. ist die von Kipp zuletzt vertretene Auffassung richtig [13]). Rechtsgrundlose Verfügungen sind weder entgeltlich noch unentgeltlich.

α) Entgeltlich sind sie deshalb nicht, weil eine Gegenleistung nicht vorliegt. Der Bereicherungsanspruch bezweckt nur, die ursprüngliche und vom Recht als richtig angesehene Vermögenslage wiederherzustellen. Er ist somit kein Gegenwert, sondern ein schwächerer Rückstand des ursprünglichen Rechts.

β) Rechtsgrundlose Verfügungen sind aber auch nicht unentgeltlich. Dem widerspricht die Entstehungsgeschichte. Das Reichsgericht hat die erwähnte Entscheidung zu § 32 KO. [14]) durchaus richtig darauf gestützt, daß nach früherem Recht freigebige Verfügungen, insbesondere Schenkungen, anfechtbar waren, hierunter aber die rechtsgrundlosen Verfügungen offenbar nicht fielen. Leider hat das Reichsgericht diesen Gedanken in der Entscheidung im 81. Bande völlig außer Acht gelassen, obgleich doch, wie bereits gezeigt [15]), die Entstehungsgeschichte des erbrechtlichen Unentgeltlichkeitsbegriffes der des anfechtungsrechtlichen ganz ähnlich ist. Im Erbrecht waren früher gleichfalls Schenkungen, die auf bloßer Freigebigkeit beruhen bzw. Verfügungen, die in einer Schenkung bestehen, unwirksam. Wenn die zweite Kommission gewollt hätte, daß auch rechtsgrundlose Verfügungen unwirksam sein sollten, hätte sie dies irgendwie zum Ausdruck gebracht. Aus der Einführung des neuen Begriffs „unentgeltliche Verfügung“ folgt jedenfalls hierfür nichts. Es widerspricht sogar dem Sprach-

[11]) Von Tuhr II 2, S. 141.
[12]) S. 156 ff.
[13]) Ebenso Liebisch, S. 49 ff.
[14]) RG. in Gruchot 59, S. 521 ff.; oben a.
[15]) Oben § 4, 1.

gebrauch, anzunehmen, eine unentgeltliche Verfügung liege vor, wenn beide Parteien ein entgeltliches Geschäft abschließen wollten und lediglich die Vereinbarung über den Rechtsgrund aus irgendwelchen Gründen nicht zustande gekommen ist. Schließlich ist zu berücksichtigen, daß man die Unwirksamkeit unentgeltlicher Verfügungen deshalb angeordnet hat, weil sie — und zwar für den Vertragsgegner erkennbar — außerhalb des Rahmens des Wirtschaftsverkehrs liegen [16]). Auf rechtsgrundlose Verfügungen trifft dieser Gesichtspunkt nicht zu. Sie kommen gerade im Wirtschaftsverkehr vor, ohne daß die Parteien das Fehlen des Rechtsgrundes kennen.

γ) M. E. besteht im Erbrecht auch kein Bedürfnis, rechtsgrundlose Verfügungen als unentgeltlich anzusehen, sofern ein Bereicherungsanspruch besteht. In aller Regel wird er eine Schädigung des Nachlasses verhindern. Es ist zwar Krawielicki [17]) zuzugeben, daß ein Bereicherungsanspruch fast nie den Wert der fortgegebenen Bereicherung erreicht und deshalb meist eine Benachteiligung des Nachlasses vorliegt. Diese Tatsache rechtfertigt es aber nicht, rechtsgrundlose Verfügungen als unentgeltliche zu behandeln. Es besteht keine Veranlassung, hier dem Nacherben bzw. Erben einen Schutz angedeihen zu lassen, den die übrigen Rechtsgenossen nicht genießen. In den meisten Fällen werden ja Vorerbe und Testamentsvollstrecker nicht wissen, daß sie ohne Rechtsgrund verfügen. Warum soll eine solche Verfügung zu Gunsten des Nacherben oder Erben unwirksam sein, wenn diese Personen, falls sie selbst verfügt hätten, nur einen Bereicherungsanspruch erlangt haben würden?

e) α) Das Reichsgericht hat auch nicht vermocht, für seine Meinung irgendwelche erheblichen Gründe anzuführen. Es behauptet lediglich, daß die Verfügung unentgeltlich sei, weil kein Entgelt vorliege. Ein Rechtssatz, daß jede Verfügung, die nicht entgeltlich ist, notwendigerweise unentgeltlich sein müsse, besteht jedoch nicht [18]).

β) Die von Krawielicki vorgebrachten Gründe überzeugen gleichfalls nicht. Die Behauptung, daß grundsätzlich jede nachteilige Verfügung im Erbrecht unwirksam sei, ist bisher oben [19]) widerlegt. Ueberdies ist es vom Standpunkt Krawielickis m. E. willkürlich, das Begriffsmerkmal der Kenntnis des Testamentsvollstreckers und des Vorerben von der Ordnungswidrigkeit fortfallen zu lassen. Gewiß werden rechtsgrundlose Verfügungen von einer ordnungsmäßigen Verwaltung nicht erfordert. Dies berechtigt aber nicht zu dem Schluß, sie stets als unwirksam anzusehen, wenn man bei Verfügungen mit Rechtsgrund

[16]) Oben § 2, 5, b, α.
[17]) S. 162.
[18]) Vgl. auch oben § 5, 3, b.
[19]) Oben § 7, 6, a und § 8, 2, e, γ.

Kenntnis des Vorerben oder Testamentsvollstreckers von der Ordnungswidrigkeit verlangt. Das Reichsgericht ist in diesem Punkte insofern folgerichtig, als die Entscheidung im 81. Bande sich lediglich auf den Fall bezieht, daß überhaupt ein Entgelt vereinbart ist.

f) Man könnte allenfalls daran denken, eine rechtsgrundlose Verfügung dann als unentgeltlich anzusehen, wenn sie einen Bereicherungsanspruch nicht zur Folge hat[20]). Wenn die Entstehungsgeschichte natürlich auch hier gegen die Annahme einer unentgeltlichen Verfügung spricht, so liegt es doch nahe, auf diesen Fall, an den man bei Schaffung des bürgerlichen Gesetzbuches sicher nicht gedacht hat, die §§ 2113 II, 2205 BGB. anzuwenden.

α) Hiergegen spricht jedoch, daß die Bestimmungen, die den Bereicherungsanspruch ausschließen — ausgenommen § 814 HS. 2 BGB.[21]) — Ausnahmevorschriften von ausgesprochenem Strafcharakter sind, die deshalb auch den Vertretenen binden, wenn lediglich das Verhalten des Vertreters strafwürdig erscheint[22]). Denn da der Vertreter den Vertretenen repräsentiert, muß dieser für die in seinem Namen vorgenommenen Handlungen einstehen. Hiervon kann man auch m. E. in den Fällen der gesetzlichen Vertretung keine Ausnahme zulassen. Es läßt sich nicht einwenden, daß man sich seinen gesetzlichen Vertreter nicht aussuchen könne, da man auch andere schädigende Handlungen desselben gegen sich gelten lassen muß.

Der Testamentsvollstrecker ist gesetzlicher Vertreter des Erben. Es ist daher folgerichtig, die erwähnten Strafvorschriften zum Nachteil des Erben anzuwenden. Im Vorerbenrecht muß Entsprechendes gelten[23]).

β) Bedenken könnten lediglich bei den §§ 814 HS. 1, 815 HS. 1 BGB. entstehen. Hier ist der Strafcharakter am wenigsten ausgeprägt. Während der Verfügende bei den §§ 815 HS. 2, 817 BGB. in der Regel auf einen Bereicherungsanspruch nicht verzichten will, und das Nichtbestehen eines solchen wirklich als Strafe empfindet, wird derjenige, der wissentlich eine Nichtschuld erfüllt oder der weiß, daß der mit der Leistung bezweckte Erfolg nicht eintreten kann, nur selten die Absicht haben, später einmal das Geleistete zurückzufordern. Es wird vielfach sogar eine Schenkungsabsicht obwalten, die indessen, weil einseitig, nicht zur Schaffung einer Schenkung ausreicht. In einem solchen Verhalten des Testamentsvollstreckers oder des Vorerben liegt m. E. nur ein besonders grober Mißbrauch seiner Vertretungsmacht,

---

[20]) Vgl. oben 2, a. a. E.

[21]) Der Gedanke dieser Vorschrift kehrt in den §§ 2113 II S. 2, 2205 S. 2 HS. 2 BGB. wieder.

[22]) Vgl. RG. 100, S. 250.

[23]) Vgl. oben § 9, 3; a. M. Krawielicki, S. 165, auch für den Testamentsvollstrecker.

der den Erben bzw. Nacherben wie jeder andere Mißbrauch grundsätzlich bindet [24]).

g) Die von mir für richtig gehaltene Meinung empfiehlt sich auch deshalb, weil sie es ermöglicht, einen einheitlichen Begriff der Unentgeltlichkeit rechtsgrundloser Verfügungen im Anfechtungsrecht, im Erbrecht und bei § 816 BGB. anzunehmen.

α) Auch im Anfechtungsrecht ist, wie bereits gezeigt [25]), grundsätzlich davon auszugehen, daß die Unentgeltlichkeit Einigkeit der Parteien über den Mangel des Entgelts voraussetzt. Für die Fälle, in denen ein Bereicherungsanspruch fehlt, läßt sich unter entsprechender Ausdehnung der für § 817 BGB. bestehenden Rechtsprechung [26]) ein Ausgleich ohne Zuhilfenahme der §§ 32 KO., 3 Z. 3 und 4 Anf.Ges. herstellen.

β) Verfügt ein Nichtberechtigter rechtsgrundlos, so kann der Berechtigte gemäß § 812 BGB. gegen den Empfänger vorgehen. Es liegt ein unmittelbarer Vermögensübergang ohne rechtlichen Grund vor [27]). Dies gilt auch, wenn die Voraussetzungen der §§ 814, 815, 817 BGB. in der Person des Nichtberechtigten vorliegen.

3. a) Es ist möglich, daß bei Vornahme einer Verfügung beide Parteien wissen, daß ein Rechtsgrund nicht besteht, aber mit seiner späteren Schaffung rechnen.

Hierher gehört der Fall der kausalen Verknüpfung einer Leistung mit einer Gegenleistung [28]). Jemand erfüllt z. B. in der Hoffnung auf die Gegenleistung einen wegen Formmangels nichtigen Vertrag. Es liegt nahe, hier die erste Leistung, obwohl sie ohne Rechtsgrund vorgenommen ist, als entgeltlich anzusehen. Dagegen spricht jedoch, daß sie im Gegensatz zu einer auf Grund gegenseitigen Vertrages erfolgten erst zu einer endgültigen wird, wenn der andere Teil die erwartete Gegenleistung gemacht hat. Man wird daher auch eine solche Leistung zunächst als neutral anzusehen haben. Erst mit Bewirkung der Gegenleistung wird sie entgeltlich.

b) Der umgekehrte Fall liegt vor, wenn nachträglich der Rechtsgrund einer Leistung fortfällt. Hier verliert diese ihren Charakter als entgeltliche oder unentgeltliche und wird neutral. Es bestehen in diesem wie in dem vorerwähnten Fall keine Bedenken, daß sich die Eigenschaft einer Leistung als entgeltliche, unentgeltliche oder neutrale nachträglich entscheidet.

---

[24]) Oben § 9.
[25]) Oben 2, d, β.
[26]) RG. 99, S. 162 ff.
[27]) Liebisch, S. 49 ff., bes. S. 56.
[28]) Oben § 5, 1, b.

4. a) Die eigennützigen Verfügungen [29]) werden regelmäßig ohne Rechtsgrund vorgenommen. Sie sind Verwaltungshandlungen, die im Einzelfall unzweckmäßig sein mögen. Hierdurch werden sie aber nicht zu unentgeltlichen Verfügungen. Dies ist für das ganze Recht, von einer Ausnahme abgesehen [30]), unbestritten.

Auch Krawielicki [31]) erkennt an, daß die Ausübung von Gestaltungsrechten weder entgeltlich noch unentgeltlich ist. Seiner Begründung kann allerdings nicht gefolgt werden. Er irrt, wenn er meint, der Begriff und das Verbot der unentgeltlichen Verfügung könnten auf das Anfechtungsrecht, das er allein von den Gestaltungsrechten näher behandelt, nicht angewendet werden, weil es nicht übertragen und somit nicht zum Gegenstande eines entgeltlichen Vertrages gemacht werden könne [32]). Ueberdies dürfte es hierauf, wenn die Ansicht, die Krawielicki sonst vertritt, richtig wäre, gar nicht ankommen. Da er im Erbrecht jede vom Vorerben oder Testamentsvollstrecker als ordnungswidrig erkannte Verfügung für unwirksam hält, müßte er auch eine einer ordentlichen Verwaltung widersprechende Anfechtung beim Vorliegen der subjektiven Voraussetzungen als unentgeltlich und damit unwirksam ansehen. Seine Auffassung, die Anfechtung eines obligatorischen Vertrages könne nicht nachteilig sein, weil sie den Anfechtenden von einer ihm lästigen Verpflichtung befreie, ist formalistisch. Da auch der Anfechtende sein Recht verliert, ist es sehr wohl möglich, daß er einen Nachteil durch seine Verfügung erleidet.

Krawielicki nimmt lediglich an, daß eine unentgeltliche Verfügung dann vorliege, wenn der auf Grund einer Anfechtung zu ersetzende Vertrauensschaden den durch die Nichtigkeit des Kausalgeschäfts erlangten Vorteil übersteigt. Hiergegen ist von seinem Standpunkt nichts einzuwenden.

b) Die Eigentumsaufgabe wird von einigen Schriftstellern [33]) als unentgeltliche Verfügung angesehen. Es muß zugegeben werden, daß sie eine Sonderstellung einnimmt. Sie bewirkt, daß der aufgegebene Gegenstand aus dem Vermögen des bisherigen Eigentümers gelangt, ohne daß dieser irgendeinen Gegenwert erhält, während bei den sonstigen eigennützigen Verfügungen auch der Verfügende einen rechtlichen Vorteil erlangt. Außerdem gewinnt ein anderer die Möglichkeit, sich den Gegenstand anzueignen und sich dadurch einseitig zu bereichern.

Dennoch ist die Eigentumsaufgabe m. E. vom Gesetz als eigennützige Verfügung gedacht und auch als solche zu behandeln. Wer de-

---

29) Oben § 10, 2, b.
30) Vgl. darüber unten 4, b.
31) S. 133.
32) Vgl. hiergegen oben § 10, 2, b, α.
33) Oertmann, S. 108; von Tuhr II 2, S. 151.

relinquiert, will damit regelmäßig eine Verwaltungshandlung vornehmen, indem er sein Vermögen von einem Gegenstand entlastet. Er gibt ein Recht auf, um einen wirtschaftlichen Vorteil zu erlangen. Daß ein anderer die Aneignungsmöglichkeit gewinnt, ist nur eine Reflexwirkung der Eigentumsaufgabe.

Daß jemand das Eigentum an einer Sache in dem Bewußtsein aufgibt, sich oder einen andern zu schädigen oder um einem andern einen Vorteil — die Aneignungsmöglichkeit — zu verschaffen, ist ein Ausnahmefall und ebenso zu behandeln, wie wenn jemand aus den gleichen Gründen wandelt, anficht oder kündigt. Lediglich bei Einigkeit über die Unentgeltlichkeit würde die Eigentumsaufgabe unentgeltliche Verfügung sein[34].

Dies alles gilt auch im Konkursrecht. Dagegen ist die Aufgabe des Eigentums einer fremden Sache nicht möglich.

5. α) Eine vom Testamentsvollstrecker zur Erfüllung eines zu Lasten des Nachlasses eingegangenen Schenkungsversprechens vorgenommene Verfügung erfolgt ohne Rechtsgrund, da das Versprechen gemäß § 2207 BGB. unwirksam ist. Wenn man hier auch die für rechtsgrundlose Verfügungen allgemein geltenden Sätze anwenden würde, wäre das Erfüllungsgeschäft wirksam. Dies Ergebnis widerspricht jedoch offenbar dem Sinn und Zweck des § 2205 S. 2 BGB. Man wird deshalb annehmen müssen, daß die Erfüllung eines unwirksamen unentgeltlichen Verpflichtungsgeschäftes dann wie eine unentgeltliche Verfügung zu behandeln ist, wenn das Verpflichtungsgeschäft ausschließlich wegen seiner Unentgeltlichkeit unwirksam ist.

β) Im Vorerbenrecht wird durch ein Schenkungsversprechen regelmäßig eine persönliche Verpflichtung des Vorerben begründet, deren Erfüllung zweifellos unwirksam ist (§ 2113 II S. 1 HS. 2 BGB.). Sollte nach Absicht der Parteien lediglich eine Nachlaßverbindlichkeit geschaffen werden, wird ebenso wie im Testamentsvollstreckerrecht zu entscheiden sein. Auch der Vorerbe kann ein Schenkungsversprechen nicht zu Lasten des Nachlasses eingehen, da dies den für jede Fremdvermögensverwaltung geltenden Grundsätzen widersprechen würde[35].

§ 12. E. Die Erfüllung eigener Verbindlichkeiten durch Vorerben und Testamentsvollstrecker.

1. Die Frage, ob Vorerbe und Testamentsvollstrecker eigene Verbindlichkeiten erfüllen oder sichern[1]) können, war vom Reichsgericht

[34]) Vgl. oben § 10, 2, b, α. Richtig Hellwig, S. 173 f. Aehnlich auch Jaeger, § 29, 50.

[35]) Oben § 2, 5, b, α.

[1]) Die Sicherung steht hinsichtlich der Frage der Entgeltlichkeit der Erfüllung gleich; oben § 7, 2 a. E.

mehrmals zu entscheiden. Nachdem es sie zunächst bejaht hatte [2]), verneinte es sie später [3]), um sie schließlich erneut zu bejahen [4]).

Dieses Schwanken in der Beurteilung eines verhältnismäßig häufig vorkommenden Falles rechtfertigt eine genauere Behandlung der Frage.

Die Tatsache, daß einem solchen Geschäft jede Beziehung zur Nachlaßmasse fehlt, begründet seine Unentgeltlichkeit allein nicht [5]). Das richtige Ergebnis läßt sich m. E. nur finden, wenn man zunächst prüft, wie sich die Erfüllung einer Verpflichtung eines Dritten zur Entgeltsfrage verhält.

a) Auszugehen ist davon, daß bei der Erfüllung der Verbindlichkeit eines Dritten zwei Kausalverhältnisse vorliegen oder zum mindesten erwartet werden, das eine zwischen dem Erfüllenden und dem Schuldner, das andere zwischen dem Schuldner und dem Gläubiger. Beide können entgeltlich oder unentgeltlich sein [6]). Die Erfüllung enthält zugleich zwei Leistungen, eine des Erfüllenden an den Schuldner und eine des Schuldners an den Gläubiger [7]).

b) Wenn ein Vorerbe oder Testamentsvollstrecker eine fremde Verbindlichkeit erfüllt, kommt es nur auf das Kausalverhältnis zwischen ihm und dem Schuldner an. Ist dieses entgeltlich, ist die Erfüllung selbst dann wirksam, wenn eine Schenkungsschuld des Schuldners erfüllt wird [8]). Ist es dagegen unentgeltlich, wird man nicht die tatsächliche Güterverschiebung, sondern die materiellen Leistungen als maßgebend ansehen müssen. Es liegt hier ein der Rechtsnachfolge ähnlicher Fall vor. Wenn der Vorerbe oder Testamentsvollstrecker die Leistung an den Schuldner gemacht und dieser sie an den Gläubiger weitergegeben hätte, würde der Schuldner nach §§ 2113 II, 2205 BGB. und demgemäß auch der Gläubiger nichts erworben haben. Der Gläubiger kann nicht besser stehen, wenn der Testamentsvollstrecker oder Vorerbe unmittelbar an ihn leistet. Der zur Erfüllung fortgegebene Gegenstand bleibt demnach Nachlaßbestandteil [9]).

---

[2]) RG. 74, S. 215 ff.; oben § 6, 3, b.

[3]) RG. 75, S. 299 ff.; oben § 6, 3, c.

[4]) RG. 83, S. 348 ff.; oben § 6, 4, b. Ebenso RG. in JW. 1932, S. 171 ff.; oben § 6, 4, c.

[5]) A. M. RG. 74, S. 218.

[6]) In dem oben, §§ 5—8, entwickelten Sinne.

[7]) Oertmann, S. 93; Liebisch, S. 97; Krawielicki, S. 143. In Ausnahmefällen kann nach dem Parteiwillen auch eine unmittelbare Leistung des Erfüllenden an den Gläubiger vorliegen, so wenn dessen Forderung uneinbringlich ist. Vgl. RG. 51, S. 415 ff.

[8]) Ebenso Krawielicki S. 144.

[9]) Im Anfechtungsrecht ist im entsprechenden Fall eine Anfechtung gegen

2. Ebenso liegt es aber auch, wenn Vorerbe oder Testamentsvollstrecker eigene Verbindlichkeiten erfüllen.

a) Beim Testamentsvollstrecker bestehen keine Zweifel. Er ist einerseits Vertreter des Erben, andererseits Privatmann. Wenn er eigene Verbindlichkeiten mit Nachlaßmitteln erfüllt, macht er sich selbst eine Leistung. Obwohl diese wegen § 181 BGB. rechtsgrundlos ist, tritt Unwirksamkeit ein, da § 181 BGB. auch für das Erfüllungsgeschäft gilt [10]). Der Gläubiger erwirbt demnach hier gleichfalls von einem Nichtberechtigten [11]).

Die Entscheidung im 74. Bande ist demnach im Ergebnis richtig, ebenso die Entscheidung im 83. Bande, wenn sie auch anstatt auf die Grundsätze des Mißbrauchs der Vertretungsmacht auf § 2205 S. 2 BGB. hätte gestützt werden können.

Dagegen kann die Entscheidung im 75. Bande nicht gebilligt werden. Es trifft zwar zu, daß die Testamentsvollstrecker in dem zur Entscheidung stehenden Falle ihre Vertretungsmacht mißbraucht hatten. Dies schließt aber nicht aus, daß außerdem eine unentgeltliche Verfügung vorlag. Wenn das Reichsgericht annimmt, der Nachlaß habe nach dem Willen der Beteiligten einen Ersatzanspruch gegen den begünstigten Testamentsvollstrecker erworben, der das Entgelt bilde, so ist dies schon deshalb unrichtig, weil ein vertraglicher Ersatzanspruch wegen § 181 BGB. nicht entstanden war [12]). Außerdem würde aber selbst ein derartiger Anspruch nicht als Entgelt zu betrachten gewesen sein, weil er keinen wirtschaftlichen Gegenwert des fortgegebenen Gegenstandes gebildet hätte [13]) und sonstige Leistungen wie z. B. Zinsen nach der Entscheidung nicht vereinbart waren.

b) Der Nachlaß ist ein Sondervermögen des Vorerben. Es bestehen daher keine Bedenken, das für den Testamentsvollstrecker Ausgeführte auch auf ihn anzuwenden. Er kann gleichfalls keine eigenen Verbindlichkeiten erfüllen [14]).

3. a) Im Testamentsvollstreckerrecht wird es in den meisten Fällen nicht schwer sein, festzustellen, ob eine von ihm erfüllte Verbindlichkeit eine eigene oder eine Nachlaßverbindlichkeit war (§§ 2206, 2207 BGB.).

---

den Gläubiger gemäß §§ 40 KO., 11 II AnfGes. möglich. So richtig Jaeger, § 40, 9, α.

[10]) Nach Meinung des Reichsgerichts bindet § 181 BGB. den Testamentsvollstrecker nicht, da er nicht Vertreter des Erben sei. Indessen kommt das Reichsgericht für die Fälle der Interessenkollision zum gleichen Ergebnis. Vgl. RG. 61, S. 143 ff. und oben § 1, 2, b.

[11]) Im Ergebnis ebenso Krawielicki, S. 144 ff.

[12]) Daß Bereicherungs- oder Schadensersatzansprüche kein Entgelt bilden, ist bereits oben, § 6, Anm. 16, ausgeführt.

[13]) Er ist also ebenso wie die in der vorigen Anmerkung erwähnten Ansprüche zu behandeln.

[14]) Vgl. auch oben § 9, 3.

b) Anders ist es im Vorerbenrecht. Im Gegensatz zum Testamentsvollstreckerrecht fehlt es hier an ausdrücklichen Bestimmungen, wann durch Handlungen des Vorerben Nachlaßverbindlichkeiten begründet werden. Außerdem entstehen, wenn deren Voraussetzungen nicht vorliegen, regelmäßig Eigenverbindlichkeiten des Vorerben, während im entsprechenden Fall keine Eigenverbindlichkeiten des Testamentsvollstreckers entstehen.

α) Nach herrschender Meinung kann der Vorerbe nur dann eine Nachlaßverbindlichkeit begründen, wenn das betreffende Geschäft ordnungsmäßiger Verwaltung entspricht [15]. Diese Auffassung kann nicht als richtig angesehen werden.

Wenn der Vorerbe einen Nachlaßgegenstand verkauft und das Geschäft den Grundsätzen einer ordentlichen Nachlaßverwaltung widerspricht, so würde er nach herrschender Meinung nur eine Eigenverbindlichkeit auf Leistung des Nachlaßgegenstandes begründen. Er könnte den Vertrag also nach dem oben [16] Ausgeführten nicht wirksam erfüllen. Daß dies Ergebnis, das noch über die von der herrschenden Meinung zu den §§ 2113 II, 2205 BGB. vertretene Ansicht hinausgeht, nicht richtig ist, liegt auf der Hand.

β) Man kann nun entweder annehmen, daß der Vorerbe auch eigene Verbindlichkeiten, soweit es sich um die Leistung von Nachlaßgegenständen handelt, erfüllen kann, oder man muß den Begriff der Nachlaßverbindlichkeit erweitern.

M. E. ist der letzte Weg der bessere. Es besteht kein Grund dafür, zwischen den gewöhnlichen Eigenverbindlichkeiten und den Verbindlichkeiten auf Leistung eines Nachlaßgegenstandes einen Unterschied zu machen und die letzteren dem Vorerben zu erlauben. Vor allem spricht aber die Regelung im Testamentsvollstreckerrecht für die hier vertretene Lösung. Bei der in vielen Beziehungen gleichartigen Regelung beider Institute [17] wird man ohne weiters annehmen können, daß auch der Vorerbe die Verbindlichkeit zu einer Verfügung über einen Nachlaßgegenstand dann eingehen kann, wenn er zu der Verfügung berechtigt ist [18].

Ob für andere Verpflichtungsgeschäfte des Vorerben die herrschende Meinung zutrifft und wie es mit denen des gewöhnlichen Erben steht, kann im Rahmen dieser Arbeit nicht ausgeführt werden.

4. Alles dies gilt unbeschränkt nur für den gewöhnlichen Vorerben.

---

15) RG. 90, S. 91 ff.; Kipp, S. 238; Planck V, § 1967, 6. Dagegen Staudinger V, § 1967, II, 2, b.

16) 2, b.

17) Vgl. auch oben § 9, 3.

18) Der Gläubiger kann also auch gemäß § 2115 BGB. vollstrecken, ein m. E. angemessenes Ergebnis!

Der befreite Vorerbe soll nach dem Willen des Erblassers auch den Stamm des Nachlasses nutzen können. Deshalb ist er durch die Vorschrift des § 2134 BGB. nicht gebunden. Er darf Nachlaßgegenstände für sich verwenden, ohne zum Ersatz des Wertes verpflichtet zu sein. Unter den Begriff des Verwendens fällt auch die Erfüllung eigener Verbindlichkeiten mit Nachlaßgegenständen [19]). In dem Maße, in dem er zur Verwendung berechtigt ist, muß er aber auch verfügen können [20]).

In der Entscheidung in der Juristischen Wochenschrift von 1932 [21]) hat das Reichsgericht auch dies übersehen. Da es sich um einen befreiten Vorerben handelte, der eine persönliche Schuld gesichert hatte, brauchte nicht geprüft zu werden, ob eine unentgeltliche Verfügung vorlag. Es hätte genügt, die Entscheidung auf die eben entwickelten Sätze zu stützen, da ja, wie bereits ausgeführt [22]), Sicherungsgeschäfte wie Erfüllungsgeschäfte zu behandeln sind.

Zweck und Ziel der Untersuchung war es, zu zeigen, daß mit Rücksicht auf die Entstehungsgeschichte im Erbrecht, im Anfechtungsrecht und bei § 816 BGB. der gleiche Begriff der Unentgeltlichkeit gilt. Dieser Begriff ist dann weiter dahin bestimmt worden, daß Verfügungen mit Rechtsgrund nur unentgeltlich sind, wenn die Parteien sich über das Fehlen eines Entgelts einig sind, während rechtsgrundlose Verfügungen nicht unentgeltlich, sondern neutral sind.

---

[19]) Planck V, § 2138, 4; Krawielicki, S. 148. Es gilt lediglich die Schranke des § 826 BGB.
[20]) Oben § 2, 1, c.
[21]) Oben § 6, 4, c.
[22]) Oben § 7, 2, a a. E.

Lebenslauf.

Am 11. Mai 1911 wurde ich als Sohn des Lehrers Edgar Bruneß zu Berlin-Wilmersdorf geboren. Von 1918—1929 besuchte ich die Vorschule und die Treitschke-Schule, Reformrealgymnasium, zu Berlin-Wilmersdorf und bestand daselbst am 8. März 1929 die Reifeprüfung. Ich widmete mich sodann dem Studium der Rechte an der Universität Berlin. Im ersten Semester hörte ich römisches Recht bei Kipp und Rabel, im zweiten begann ich mit dem Studium des bürgerlichen Rechts bei Titze und Kipp. Im dritten Semester war ich an der Universität Freiburg (Breisgau) immatrikuliert und hörte bürgerliches Recht bei Merkel und Schwarz und Strafrecht bei Kern. Im folgenden Semester hörte ich in Berlin Zivil- und Strafprozeßrecht bei Goldschmidt und Klee. Im Sommersemester 1931 studierte ich wieder in Freiburg und hörte Staats- und Verwaltungsrecht bei Freiherr Marschall von Bieberstein und Forsthoff. Außerdem nahm ich, wie auch bereits im dritten Semester, am romanistischen Seminar bei Pringsheim und Lenel teil. In den beiden folgenden Semestern, meinem sechsten und siebenten, bereitete ich mich in Berlin auf die erste juristische Staatsprüfung vor, die ich am 8. Dezember 1932 vor dem Prüfungsausschuß des Kammergerichts bestand. Seit dem 1. April 1933 befinde ich mich im staatlichen Vorbereitungsdienst.